



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1991 Vol. 3

1^{er} cahier, 1991 Vol. 3

Cited as [1991] 3 S.C.R. 3-118

Renvoi [1991] 3 R.C.S. 3-118

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISELE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

R. v. Elshaw..... 24

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused making incriminating statement to police officer while being held in van — Accused's right to counsel violated — Whether incriminating statement should be admitted into evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Furtney 89

Constitutional law — Delegation — Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Whether lottery provisions in Code improperly delegating criminal law

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

SOMMAIRE

R. c. Elshaw..... 24

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité d'éléments de preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Déclaration incriminante faite par l'accusé à un agent de police alors qu'il était détenu dans une fourgonnette — Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat — La déclaration incriminante devrait-elle être admise en preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Furtney 89

Droit constitutionnel — Délégation — Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Les dispositions du Code relatives aux loteries constituent-elles une dé-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

power — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

Constitutional law — Colourability — Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Whether lottery provisions in Code create invalid discretionary regulatory regime — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right not to be found guilty unless act or omission constituted offence in law — Criminal Code prohibiting lotteries except those in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Terms and conditions of licence not published in official gazette — Accused convicted of counselling conduct of lottery in manner not authorized by terms and conditions of licence — Whether non-publication of terms and conditions infringes s. 11(g) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207.

Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Accused convicted of counselling conduct of lottery in manner not authorized by terms and conditions of licence — Whether non-publication of terms and conditions of licence in official gazette bar to conviction — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207 — Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, ss. 2(1), 11(2).

R. v. Jones 110

Constitutional law — Delegation — Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Whether lottery provisions in Code improperly delegating criminal law power — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

Constitutional law — Colourability — Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Whether lottery provisions in Code create invalid discretionary regulatory regime — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right not to be found guilty unless act or omission constituted offence in law — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Terms and conditions of licence not published in official gazette — Accused convicted of unlawfully conducting a bingo — Whether non-publication of terms and conditions infringes s. 11(g) of

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

légation irrégulière d'un pouvoir en matière de droit criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).

Droit constitutionnel — Législation déguisée — Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Les dispositions du Code relatives aux loteries créent-elles un régime de réglementation discrétionnaire invalide? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de ne pas être reconnu coupable si un acte ou une omission ne constitue pas une infraction en droit — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Modalités de la licence non publiées dans la gazette officielle — Accusés reconnus coupables d'avoir conseillé de tenir une loterie d'une manière non permise par les modalités de la licence — La non-publication des modalités contrevient-elle à l'art. 11g) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207.

Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Accusés reconnus coupables d'avoir conseillé de tenir une loterie d'une manière non permise par les modalités de la licence — La non-publication des modalités dans la gazette officielle empêche-t-elle toute déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207 — Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 2(1), 11(2).

R. c. Jones 110

Droit constitutionnel — Délégation — Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Les dispositions du Code relatives aux loteries constituent-elles une délégation irrégulière d'un pouvoir en matière de droit criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).

Droit constitutionnel — Législation déguisée — Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Les dispositions du Code relatives aux loteries créent-elles un régime de réglementation discrétionnaire invalide? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de ne pas être reconnu coupable si un acte ou une omission ne constitue pas une infraction en droit — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207.

Criminal law — Defences — Colour of right — Accused convicted of unlawfully conducting a bingo — Accused mistakenly believing that lottery provisions in Criminal Code inapplicable to lotteries conducted on Indian reserve — Whether defence of colour of right available — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 206(1)(d).

R. v. McCraw 72

Criminal law — Threats — Rape threat — Accused writing letters to football cheerleaders threatening to have sexual intercourse with them even if he had to rape them — Whether letters contained a threat to cause serious bodily harm — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co. 3

Torts — Negligence — Misrepresentation — Damages — Calculation of damages.

Trial — Court of Appeal referring matter back for trial — Court of Appeal finding party would have entered contract on less favourable existing terms rather than on terms as stated — Whether stating the issue or stating fact — Whether trial judge on the rehearing was bound by a finding in the first judgment of the Court of Appeal.

SOMMAIRE (Fin)

licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Modalités de la licence non publiées dans la gazette officielle — Accusés reconnus coupables d'avoir tenu illégalement un bingo — La non-publication des modalités contrevient-elle à l'art. 11g) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207.

Droit criminel — Moyens de défense — Apparence de droit — Accusés reconnus coupables d'avoir tenu illégalement un bingo — Croyance erronée des accusés que les dispositions du Code criminel relatives aux loteries ne s'appliquaient pas aux loteries tenues dans une réserve indienne — La défense d'apparence de droit peut-elle être invoquée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 206(1)d).

R. c. McCraw 72

Droit criminel — Menaces — Menace de viol — L'accusé a écrit des lettres à des meneuses de claqué de football et a menacé d'avoir des rapports sexuels avec elles même s'il devait les violer — Les lettres contenaient-elles une menace de causer des blessures graves? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)a).

Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada 3

Responsabilité délictuelle — Négligence — Déclaration inexacte — Dommages-intérêts — Calcul des dommages-intérêts.

Procès — Affaire renvoyée au tribunal de première instance par la Cour d'appel — Conclusion par la Cour d'appel qu'une des parties aurait conclu le contrat aux conditions existantes moins favorables plutôt qu'à celles stipulées — S'agit-il de l'énoncé de la question en litige ou bien d'une conclusion de fait? — Le juge de première instance siégeant à la nouvelle audition était-il lié par une conclusion tirée dans le premier arrêt de la Cour d'appel?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 1991

3^e volume, 1991

**Canadian National Railway
Company** *Appellant*

v.

**Rainbow Industrial Caterers Ltd. and
MacCormac Camp Caterers
Ltd.** *Respondents*

and

Michael Doroshenko (*Defendant*)

INDEXED AS: RAINBOW INDUSTRIAL CATERERS LTD. v.
CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO.

File No.: 21873.

1991: May 8; 1991: September 26.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Torts — Negligence — Misrepresentation — Damages
— Calculation of damages.*

*Trial — Court of Appeal referring matter back for
trial — Court of Appeal finding party would have
entered contract on less favourable existing terms rather
than on terms as stated — Whether stating the issue or
stating fact — Whether trial judge on the rehearing was
bound by a finding in the first judgment of the Court of
Appeal.*

Respondents were industrial caterers operating as a
single entity (Rainbow). They increased their bid per
meal when CN indicated that the number of meals
required would be less than previously estimated and
ultimately won the contract. About 30% fewer meals
were actually required and Rainbow suffered a loss of
over \$1,000,000 when they terminated the contract on
notice as permitted by its terms.

Rainbow sued in the British Columbia Supreme Court
for fraud, breach of contract, negligent misrepresenta-

**Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada** *Appelante*

c.

a

**Rainbow Industrial Caterers Ltd. et
MacCormac Camp Caterers Ltd.** *Intimées*

b

et

Michael Doroshenko (*Défendeur*)

c

RÉPERTORIÉ: RAINBOW INDUSTRIAL CATERERS LTD. c.
COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU
CANADA

N° du greffe: 21873.

d

1991: 8 mai; 1991: 26 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

e

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

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Déclara-
tion inexacte — Dommages-intérêts — Calcul des dom-
mages-intérêts.*

f

*Procès — Affaire renvoyée au tribunal de première
instance par la Cour d'appel — Conclusion par la Cour
d'appel qu'une des parties aurait conclu le contrat aux
conditions existantes moins favorables plutôt qu'à celles
stipulées — S'agit-il de l'énoncé de la question en litige
ou bien d'une conclusion de fait? — Le juge de première
instance siégeant à la nouvelle audition était-il lié par
une conclusion tirée dans le premier arrêt de la Cour
d'appel?*

h

Les intimées sont des traiteurs industriels qui exercent
leurs activités comme une seule entité (Rainbow). Elles
ont augmenté leur soumission par repas quand CN a
indiqué que le besoin de repas serait moins grand que ce
qui avait été prévu dans l'estimation antérieure et se
sont finalement vu accorder le contrat. Le besoin de
repas a été en fait inférieur d'environ 30 pour 100 et
quand elle a résilié le contrat après avoir donné l'avis y
prévu, Rainbow avait essuyé une perte de plus d'un mil-
lion de dollars.

j

Rainbow a intenté en Cour suprême de la Colombie-
Britannique une action pour fraude, pour inexécution de

tion and interference with contract. The trial judge awarded damages for Rainbow's whole loss on the contract but denied a claim for loss of profits on other potential contracts as too speculative. CN and Doroshenko appealed, and Rainbow cross-appealed the disallowance of its claim on certain invoices. The Court of Appeal allowed Doroshenko's and CN's appeals in respect of the finding of fraud, and allowed Doroshenko's appeal in respect of the finding of negligence against him. It dismissed the cross-appeal. The court remitted the matter to the trial judge for the determination of the breach of contract claim and for the reassessment of damages for the misrepresentation claim.

The judge on the reassessment concluded that the Court of Appeal had merely identified an issue to be determined as to whether Rainbow would have entered into the contract even had the misrepresentation not been made. No finding was made binding on him. In the result, he made the same award but added the unpaid invoices. On further appeal, the Court of Appeal did not interfere with the decision of the trial judge with respect to his interpretation and application of the judgment of the Court of Appeal. Furthermore, submissions that the trial judge had not applied the correct measure of damages were dismissed.

At issue here were whether the trial judge on the rehearing was bound by a finding in the first judgment of the Court of Appeal that Rainbow would have bid, notwithstanding the misrepresentation, but at a higher price and alternatively whether the courts below erred in the way that damages have been calculated.

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

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: The Court of Appeal's decision on the first appeal was not intended to be binding on the rehearing in respect of the factual question of what Rainbow would have done had it not been misled. This was a finding to be made which required an assessment of disputed fact and is almost invariably referred

contrat, pour déclaration inexacte faite par négligence et pour ingérence dans un contrat. Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts pour la totalité de la perte de Rainbow résultant du contrat, mais a rejeté, en raison de son caractère excessivement conjectural, une demande de dédommagement pour la perte des profits qu'auraient rapportés d'autres contrats éventuels. CN et Doroshenko ont interjeté appel, tandis que Rainbow a interjeté un appel incident contre le rejet de sa demande relative à certaines factures. La Cour d'appel a accueilli les appels de Doroshenko et de CN contre la conclusion à l'existence de fraude et a accueilli également celui de Doroshenko contre la conclusion de négligence tirée à son égard. L'appel incident a été rejeté. La cour a renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il statue sur l'allégation d'inexécution du contrat et pour qu'il évalue de nouveau les dommages-intérêts relatifs à la demande pour déclaration inexacte.

Lors de la nouvelle évaluation, le juge a conclu que la Cour d'appel avait simplement posé comme question à trancher celle de savoir si Rainbow aurait conclu le contrat même en l'absence de la déclaration inexacte. La Cour d'appel n'a tiré aucune conclusion qui liait le juge saisi de la nouvelle évaluation. En définitive, il a accordé la même somme, sauf qu'il y a ajouté les montants des factures impayées. Un nouvel appel a été interjeté, mais la Cour d'appel n'a pas touché à la décision du juge de première instance en ce qui concerne son interprétation et son application de l'arrêt de la Cour d'appel. De plus, les arguments voulant que le juge de première instance n'ait pas appliqué le bon mode de calcul des dommages-intérêts ont été rejetés.

Les questions en litige en l'espèce sont celle de savoir si, à la nouvelle audition, le juge de première instance était lié par une conclusion, tirée dans le premier arrêt de la Cour d'appel, qu'en l'absence de la déclaration inexacte, Rainbow aurait tout de même soumissionné, mais à un prix plus élevé et, subsidiairement, celle de savoir si les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur quant au mode de calcul des dommages-intérêts.

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Stevenson et Iacobucci: L'arrêt rendu par la Cour d'appel, à l'issue du premier appel, n'était pas censé avoir force obligatoire lors de la nouvelle audition relativement à la question factuelle de savoir ce qu'aurait fait Rainbow si elle n'avait pas été induite en erreur. Il s'agissait d'une conclusion à tirer au terme de l'appré-

back to the trial judge. No issue of *res judicata* therefore arose.

The plaintiff seeking damages in an action for negligent misrepresentation is entitled to be put in the position he or she would have been in if the misrepresentation had not been made. Once the loss occasioned by the transaction is established, the plaintiff has discharged the burden of proof with respect to damages. A defendant who alleges that a plaintiff would have entered into a transaction on different terms sets up a new issue which requires the court to speculate as to what would have happened in a hypothetical situation. It is an area in which it is usually impossible to adduce concrete evidence.

Although the legal burden generally rests with the plaintiff, it is not immutable. Valid policy reasons will be sufficient to reverse the ordinary incidence of proof. There is good reason for such reversal in this kind of case. The plaintiff is the innocent victim of a misrepresentation which has induced a change of position. A tortfeasor who asks a court to find a transaction whose terms are hypothetical and speculative should bear the burden of displacing the plaintiff's assertion of the *status quo ante*.

Rainbow established that they were the victims of a negligent misrepresentation, that they would not have entered into this contract on these terms but for this representation, and that this contract resulted in the loss. To assert that the loss was not all attributable to the misrepresentation because Rainbow would have entered into a different contract on other terms which would have resulted in at least some of the loss requires a great deal of speculation and is a matter that must be proved by the appellant. CN did not prove that Rainbow would have bid even if the estimate had been accurate, and so it is taken as a fact that Rainbow would not have contracted had the estimate been accurate. The losses claimed are causally and directly connected to the contract and the contract is causally connected to the negligent misrepresentation. Finally, these damages were foreseeable and therefore were not remote.

Per McLachlin J. (dissenting): The court will draw an inference of causation of loss through reliance where the

ciation d'un fait contesté, une question qui est presque invariablement renvoyée au juge de première instance. La question de l'autorité de la chose jugée ne se pose donc pas.

^a Le demandeur dans une action en dommages-intérêts pour une déclaration inexacte faite par négligence est en droit de se voir mis dans la situation où il se serait trouvé n'eût été de la déclaration inexacte. Du moment qu'il établit la perte occasionnée par le marché en question, le demandeur s'acquitte du fardeau de la preuve qui lui incombe relativement aux dommages-intérêts. Le défendeur qui allègue que le demandeur aurait conclu un marché à des conditions différentes soulève une nouvelle question qui oblige le tribunal à s'interroger sur ce qui se serait produit dans une situation hypothétique. Il s'agit d'un domaine dans lequel il est généralement impossible de produire des éléments de preuve concrets.

Bien que le fardeau ultime incombe généralement au demandeur, il ne s'agit pas là d'une règle immuable. Des motifs de principe valables suffiront pour inverser le fardeau normal de la preuve. Il y a une bonne raison qui justifie une telle inversion dans un cas comme celui qui nous occupe. La demanderesse est la victime innocente d'une déclaration inexacte qui l'a amenée à changer sa situation. L'auteur d'un délit civil qui demande au tribunal de conclure à l'existence d'un marché dont les conditions sont hypothétiques et conjecturales doit assumer le fardeau de réfuter l'allégation de *statu quo* de la demanderesse.

Rainbow a établi qu'elle a été victime d'une déclaration inexacte faite par négligence, que, n'eût été de cette déclaration inexacte, elle n'aurait pas conclu le contrat à ces conditions, et que ce contrat a entraîné la perte qu'elle a subie. Affirmer que la perte n'était pas imputable en totalité à la déclaration inexacte parce que Rainbow aurait passé un contrat différent comportant d'autres conditions, ce qui lui aurait occasionné au moins une partie de sa perte, exige qu'on se livre à de nombreuses conjectures et représente une question dont la preuve incombe à l'appelante. Or, CN n'a pas prouvé que Rainbow aurait soumissionné même si l'estimation avait été exacte et, en conséquence, il faut tenir pour avéré que Rainbow n'aurait pas conclu de contrat si l'estimation avait été exacte. Les pertes en cause ont un lien causal direct avec le contrat, qui, à son tour, a un lien causal avec la déclaration inexacte faite par négligence. Finalement, ces pertes étaient prévisibles et ne constituent donc pas une conséquence indirecte.

Le juge McLachlin (dissidente): Le tribunal tirera une conclusion de la cause de la perte selon le crédit accordé

misleading conduct is of such a nature as to be likely to induce a representee to act on it. The inference is capable of being rebutted. The plaintiff may contend that all its losses on the contract were caused by the negligent misrepresentation. But if it is shown that the loss was caused by factors other than the misrepresentation, then the chain of causation is broken. Finally the loss found to be caused by the negligent misstatement must be a reasonably foreseeable consequence of the misrepresentation when the misrepresentation was made.

The trial judge found a negligent misrepresentation likely to induce a representee to act on it and was entitled to infer that the plaintiffs relied on the misrepresentation leading them to enter into the contract. If the trial judge found that a portion of the plaintiffs' loss was caused by factors other than the negligent misrepresentation, then the chain of causation would have been broken and there would have been no recovery for losses caused by these factors. The trial judge, however, made no finding as to the effect on the total contract loss of acts of the plaintiffs, third parties, or other factors unrelated to the defendant's tortious act, apparently because he considered them irrelevant. In fact, they were relevant on the issue of causation of the loss. The matter accordingly had to be remitted to trial to permit the necessary findings on this issue.

The rule of remoteness did not need to be considered.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Friesen v. Berta* (1979), 100 D.L.R. (3d) 91; *Irving Oil Ltd. v. Adams* (1984), 46 Nfld. & P.E.I.R. 234, 135 A.P.R. 234; *H.B. Nickerson & Sons Ltd. v. Wooldridge* (1980), 40 N.S.R. (2d) 388, 73 A.P.R. 388; *Steer v. Aerovox Inc.* (1984), 65 N.S.R. (2d) 91, 147 A.P.R. 91; *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *National Bank of Canada v. Corbeil*, [1991] 1 S.C.R. 117; *Provincial Bank of Canada v. Gagnon*, [1981] 2 S.C.R. 98.

à la déclaration dans le cas où la conduite trompeuse est susceptible d'avoir incité à agir celui à qui la déclaration a été faite. Cette conclusion peut être réfutée. Le demandeur peut alléguer que toutes les pertes qu'il a subies dans l'exécution du contrat sont imputables à la déclaration inexacte faite par négligence. Mais s'il est établi que la perte résulte de facteurs autres que la déclaration inexacte, il y a alors rupture du lien de causalité. Enfin, la perte jugée imputable à la déclaration inexacte faite par négligence doit constituer une conséquence raisonnablement prévisible de la déclaration au moment où elle est faite.

Le juge de première instance a conclu à l'existence d'une déclaration inexacte faite par négligence susceptible d'inciter à agir la personne à qui elle est faite et il était en droit de conclure que c'est la déclaration inexacte qui a incité les demanderesse à conclure le contrat. Si le juge de première instance avait conclu qu'une partie de la perte des demanderesse découlait de facteurs autres que la déclaration faite par négligence, il y aurait alors eu rupture du lien de causalité et il n'y aurait eu aucun dédommagement possible au titre des pertes imputables à ces facteurs. Toutefois, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion quant à l'incidence des actes des demanderesse sur la perte totale relative à l'exécution du contrat, de la conduite de tierces parties ou d'autres facteurs n'ayant rien à voir avec l'acte délictuel de la défenderesse, apparemment parce qu'il a estimé que ces questions n'étaient pas pertinentes. En fait, elles l'étaient relativement à la question de la cause de la perte. Cette affaire devait donc faire l'objet d'un renvoi à procès pour qu'un tribunal statue sur cette question.

Il n'est pas nécessaire d'examiner la règle du caractère indirect d'une conséquence.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Friesen v. Berta* (1979), 100 D.L.R. (3d) 91; *Irving Oil Ltd. v. Adams* (1984), 46 Nfld. & P.E.I.R. 234, 135 A.P.R. 234; *H.B. Nickerson & Sons Ltd. v. Wooldridge* (1980), 40 N.S.R. (2d) 388, 73 A.P.R. 388; *Steer v. Aerovox Inc.* (1984), 65 N.S.R. (2d) 91, 147 A.P.R. 91; *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Banque Nationale du Canada c. Corbeil*, [1991] 1 R.C.S. 117; *Banque Provinciale du Canada c. Gagnon*, [1981] 2 R.C.S. 98.

By McLachlin J. (dissenting)

Esso Petroleum Co. v. Mardon, [1976] 2 All E.R. 5; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158.

Authors Cited

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswells, 1990.

McLauchlan, D. W. "Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts" (1987), 6 *Otago L.R.* 370.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 7th ed. London: Stevens & Sons: Sweet & Maxwell, 1987.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 348, [1990] 3 W.W.R. 413, affirming a judgment of Gibbs J., [1989] 1 W.W.R. 714. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting.

Edward C. Chiasson, Q.C., and *Patrick G. Foy*, for the appellant.

Darrell W. Roberts, Q.C., and *Leslie J. Muir*, for the respondents.

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

SOPINKA J.—This is an appeal from the Court of Appeal of British Columbia dismissing an appeal from a trial judge's second attempt to assess the damages. It raises issues as to the assessment of damages for negligent misrepresentation which have been vetted in two trials and two appeals before reaching here with leave of this Court.

1. Facts

The Canadian National Railway Company ("CN") called for tenders for the catering of meals nationwide for its track crews, from March 15, 1985 to March 14, 1986. It was estimated that 1,092,500 meals would be required.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Esso Petroleum Co. v. Mardon, [1976] 2 All E.R. 5; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158.

^a Doctrine citée

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswells, 1990.

McLauchlan, D. W. «Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts» (1987), 6 *Otago L.R.* 370.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 7th ed. London: Stevens & Sons: Sweet & Maxwell, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1, 67 D.L.R. (4th) 348, [1990] 3 W.W.R. 413, qui a confirmé une décision du juge Gibbs, [1989] 1 W.W.R. 714. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin est dissidente.

Edward C. Chiasson, c.r., et *Patrick G. Foy*, pour l'appelante.

Darrell W. Roberts, c.r., et *Leslie J. Muir*, pour les intimées.

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

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi est formé contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté un appel interjeté contre la seconde tentative du juge de première instance d'évaluer les dommages-intérêts. Le pourvoi soulève des questions concernant le calcul des dommages-intérêts pour une déclaration inexacte faite par négligence, lesquelles ont été étudiées à fond deux fois en première instance et deux fois en appel avant de nous être soumises avec l'autorisation de notre Cour.

1. Les faits

La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada («CN») a lancé un appel d'offres pour la fourniture de repas, dans l'ensemble du pays, à ses équipes d'exploitation et d'entretien des voies pendant la période du 15 mars 1985 au 14 mars 1986. Le nombre de repas requis a été estimé à 1 092 500.

The respondents are industrial caterers which operate as a single entity. I will refer to them together as "Rainbow". They bid \$4.94 per meal. Then CN stated that the number of meals required would be only 85% of the previous estimate. Rainbow submitted a new bid of \$5.02 per meal, and this was successful. It turned out that far fewer meals were required; there was something like a 30% reduction. The contract was not a financial success for Rainbow. They suffered a loss of over \$1,000,000 by the time they terminated the contract on September 21, 1985, on thirty days' notice as permitted by its terms.

2. Judgments Below

(a) *British Columbia Supreme Court (Gibbs J.)*

Rainbow sued in the British Columbia Supreme Court for fraud, breach of contract, negligent misrepresentation and interference with contract. This decision is unreported but is digested at [1987] B.C.W.L.D. 2838. Gibbs J., as he then was, found that Rainbow had been induced to enter into the contract by representations made on behalf of CN by its employee Michael Doroshenko, as to the number of meals required; and, that Doroshenko ought to have known that the representations were substantially wrong, and took no steps to inform Rainbow. This led to a finding of negligence and fraudulent misrepresentation against both Doroshenko and CN. The judge dismissed the claim for interference with contract, and found it unnecessary to address the breach of contract claim.

Gibbs J. awarded damages of \$1,194,525 (plus interest and costs) for the loss suffered by Rainbow. This was the whole loss that Rainbow made on the contract. A claim for loss of profits on other potential contracts was denied as too speculative. The judge noted that certain of Rainbow's invoices had been

Les intimées sont des traiteurs industriels qui exercent leurs activités comme une seule entité. Je vais les désigner ensemble par le nom de «Rainbow». Elles ont déposé une offre de 4,94 \$ le repas. CN a ensuite dit n'avoir besoin que de 85 pour 100 du nombre de repas prévu dans l'estimation antérieure. Rainbow a donc présenté une nouvelle offre de 5,02 \$ le repas et s'est vu accorder le contrat. Or, il s'est avéré que le besoin de repas était nettement moins grand, la réduction étant d'environ 30 pour 100. Le contrat n'a pas été rentable pour Rainbow. En effet, quand elle l'a résilié le 21 septembre 1985 après avoir donné l'avis requis de 30 jours, Rainbow avait essuyé une perte de plus d'un million de dollars.

2. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

a) *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge Gibbs)*

Rainbow a intenté en Cour suprême de la Colombie-Britannique une action pour fraude, pour inexécution de contrat, pour déclaration inexacte faite par négligence et pour ingérence dans un contrat. Cette décision, quoique inédite, se trouve résumée à [1987] B.C.W.L.D. 2838. Le juge Gibbs, maintenant juge de la Cour d'appel, a décidé que des déclarations quant au nombre de repas requis faites au nom de CN par son employé Michael Doroshenko avaient incité Rainbow à la passation du contrat, et que Doroshenko aurait dû savoir que ces déclarations étaient essentiellement erronées, mais qu'il n'a rien fait pour en informer Rainbow. Cela a amené le juge Gibbs à conclure à l'existence de négligence et d'une déclaration inexacte frauduleuse de la part de Doroshenko et de CN. Le juge a rejeté la demande relative à l'ingérence dans le contrat et a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'aborder la demande pour inexécution du contrat.

Le juge Gibbs a accordé la somme de 1 194 525 \$ (plus les intérêts et les dépens) à titre de dommages-intérêts pour la perte subie par Rainbow. C'était là la totalité de la perte résultant du contrat. Une demande de dédommagement pour la perte des profits qu'auraient rapportés d'autres contrats éventuels a été rejetée en raison de son caractère excessivement conjectural. Le juge a constaté que certaines factures de

approved but not paid, and left the matter for counsel to resolve by agreement.

(b) *British Columbia Court of Appeal* (Craig, Esson and Wallace J.J.A.)

CN and Doroshenko appealed, and Rainbow cross-appealed the disallowance of its claim on the invoices. The decision is reported at (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273. The Court of Appeal allowed Doroshenko's and CN's appeals in respect of the finding of fraud, and allowed Doroshenko's appeal in respect of the finding of negligence against him. It dismissed the cross-appeal. The court remitted the matter to the trial judge for the determination of the breach of contract claim and for the reassessment of damages for the misrepresentation claim.

Esson J.A. found that Doroshenko's failure to provide accurate information was due to poor information flow within CN. This supported liability for negligent misrepresentation on the part of CN, but Doroshenko could not be held personally negligent for this poor information flow. Moreover, the fraud claim could not be supported against either defendant. CN's slow response to the emerging problems could not be characterized as its remaining silent when it knew that false information had been given earlier. There was no deliberate misleading of Rainbow, only poor communications.

With respect to damages, Esson J.A. stated that accepting the applicability of the tort measure, there would still have to be a finding that but for the misrepresentation, Rainbow would not have entered into any contract with CN. There was no such finding. Esson J.A. said at p. 308:

The evidence does not, in my view, provide any reasonable support for the view that [Rainbow], had it been presented with an accurate estimate, would have followed any different course except to bid a higher price per meal as, it is reasonable to assume, would all other

Rainbow avaient été approuvées mais restaient impayées et il a laissé aux avocats le soin de régler cette question entre eux.

(b) *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (les juges Craig, Esson et Wallace)

CN et Doroshenko ont interjeté appel, tandis que Rainbow a interjeté un appel incident contre le rejet de sa demande relative aux factures. L'arrêt est publié à (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 273. La Cour d'appel a accueilli les appels de Doroshenko et de CN contre la conclusion à l'existence de fraude et a accueilli également celui de Doroshenko contre la conclusion de négligence tirée à son égard. L'appel incident a été rejeté. La cour a renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il statue sur l'allégation d'inexécution du contrat et pour qu'il évalue de nouveau les dommages-intérêts relatifs à la demande pour déclaration inexacte.

Le juge Esson a conclu que, si Doroshenko a fourni des renseignements inexacts, c'était à cause des mauvaises communications qui existaient au CN. Cela justifiait la condamnation de CN pour avoir fait par négligence une déclaration inexacte, mais Doroshenko ne pouvait être jugé personnellement négligent pour ces mauvaises communications. De plus, l'allégation de fraude ne pouvait être soutenue contre ni l'un ni l'autre défendeur. La lenteur de la réaction de CN aux problèmes qui se manifestaient ne revenait pas à garder le silence même qu'elle savait que des renseignements inexacts avaient déjà été fournis. Rainbow n'a pas été intentionnellement induite en erreur; c'était un simple cas de mauvaises communications.

En ce qui concerne les dommages-intérêts, le juge Esson a dit que, même à supposer que le mode de calcul soit celui applicable en matière délictuelle, encore faudrait-il conclure qu'en l'absence de la déclaration inexacte, Rainbow n'aurait pas signé de contrat avec CN. Aucune conclusion du genre n'a été tirée. Le juge Esson a dit à la p. 308:

[TRADUCTION] D'après moi, il n'y a rien dans la preuve qui puisse raisonnablement appuyer le point de vue selon lequel [Rainbow], si elle avait reçu une estimation exacte, aurait agi autrement qu'en augmentant le prix de chaque repas comme, on peut raisonnablement le suppo-

bidder. What the plaintiff was "tricked out of" was not its whole investment in the contract but the additional remuneration per meal for which it would have stipulated had the estimate been given with reasonable care.

He therefore remitted the matter to the trial judge for the determination of damages. It is not clear whether the reassessment of damages by the trial judge was to be on the basis that Rainbow would have rebid or whether this was a matter left to the trial judge. Also, other allegations of breach of contract which had not been dealt with at trial were required to be considered at the new hearing. As to Rainbow's cross-appeal on the invoices, Esson J.A. said that damages were now at large on the rehearing and the matter could be addressed there.

Wallace J.A. agreed with Esson J.A. but wrote his own judgment as to the liability issues. On damages, he expressed a concurrence with Esson J.A.

Craig J.A. dissented. He thought that all findings of the trial judge were supportable, and he would have dismissed CN's appeal. He would have allowed the cross-appeal on the invoices.

(c) *British Columbia Supreme Court* (Gibbs J.)

This decision is reported at [1989] 1 W.W.R. 714. Gibbs J. first considered the reasons of Esson J.A. to decide whether the Court of Appeal had made a finding that Rainbow would have entered into the contract even had the misrepresentation not been made, in which case the assessment of damages would merely reflect how much more the contract price would have been under an accurate estimate; or, whether Esson J.A. merely identified this as an issue which had to be resolved before the correct measure of damages could be determined. He concluded that the latter was correct.

ser, l'auraient fait tous les autres soumissionnaires. Ce qu'on a «escroqué» à la demanderesse n'est pas la totalité des fonds affectés au contrat mais le paiement supplémentaire par repas qu'elle aurait stipulé si on avait fait preuve de diligence raisonnable en donnant l'estimation.

Il a en conséquence renvoyé l'affaire au juge de première instance pour qu'il fixe le montant des dommages-intérêts. Il n'est pas certain si le juge de première instance devait procéder à la nouvelle évaluation des dommages-intérêts en tenant pour acquis que Rainbow aurait fait une nouvelle soumission ou si cette question était laissée à sa discrétion. Devaient également être examinées à la nouvelle audition d'autres allégations d'inexécution de contrat sur lesquelles on ne s'était pas penché au procès. En ce qui a trait à l'appel incident de Rainbow relativement aux factures, le juge Esson a affirmé que la question des dommages-intérêts serait globalement en cause à la nouvelle audition et que ce point pourrait donc être abordé à ce moment-là.

Le juge Wallace a souscrit à l'avis du juge Esson, mais a rédigé ses propres motifs quant aux questions de responsabilité. Pour ce qui est des dommages-intérêts, il s'est dit d'accord avec le juge Esson.

Le juge Craig a été dissident. D'après lui, toutes les conclusions du juge de première instance étaient justifiables et il aurait rejeté l'appel de CN et accueilli l'appel incident portant sur les factures.

c) *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (le juge Gibbs)

Le juge Gibbs, dans une décision publiée à [1989] 1 W.W.R. 714, a commencé par examiner les motifs du juge Esson afin de déterminer si la Cour d'appel avait décidé que Rainbow aurait conclu le contrat même en l'absence de la déclaration inexacte, auquel cas le montant des dommages-intérêts refléterait simplement le prix plus élevé qu'aurait stipulé le contrat dans l'hypothèse d'une estimation exacte, ou si le juge Esson a mentionné ce point uniquement comme question à trancher avant que ne puisse être déterminé le bon mode de calcul des dommages-intérêts. C'est cette dernière thèse qu'a retenue le juge Gibbs.

After reviewing the authorities, he said that there was no rule that the plaintiff has to make a statement in evidence to the effect that he would not have entered the contract had he known the true facts. The plaintiff must prove negligent misstatement, reliance upon it, inducement and detriment; and then he is entitled to all damage suffered. He said at pp. 721-22:

Accordingly . . . it is not necessary to assume a willingness to contract at a higher price or to speculate upon what that higher price might have been.

The plaintiff sought damages in tort and, secondarily, for breach of contract. It proved the dollar amounts for the two different measures in evidence. It did not attempt to calculate what the per meal tender might have been, taking into account all of the different variables, as if it had been asked to bid upon what ultimately turned out to be the actual number of gangs, and sizes and locations, and assuming it would have been prepared to accept the risk associated with smaller meal volumes. The court is [in] no position to do so. And it seems to me that if I awarded the breach of contract dollar figure on the assumption that it represented the difference between actual contract price and the "would have been demanded" contract price I would be compensating on the breach of contract measure whereas, on the authority of *Doyle [v. Olby (Ironmongers) Ltd., [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.)]* and *[Esso Petroleum Co. v.] Mardon [[1976] Q.B. 801 (C.A.)]*, the plaintiff is entitled to the tort measure for negligent misstatement.

In the result, he made the same award, but added thereto those of the invoices which remained unpaid. The new award was \$1,232,141 plus interest and the costs of both trial level decisions.

(d) *British Columbia Court of Appeal (Hinkson, Lambert, Toy, Southin and Cumming JJ.A.)*

CN appealed again, but the appeal was dismissed. The decision is reported at (1990), 43 B.C.L.R.

Ayant examiné la jurisprudence, le juge Gibbs a dit qu'aucune règle n'impose à la demanderesse l'obligation de produire une déposition portant qu'elle n'aurait pas signé le contrat si elle avait su la vérité. Ce que le demandeur doit faire, c'est de prouver qu'une déclaration inexacte a été faite par négligence, qu'il s'est fié à cette déclaration, qu'il y a eu incitation et qu'il a subi un préjudice. Il est alors en droit de se faire dédommager intégralement. Le juge Gibbs a affirmé aux pp. 721 et 722:

[TRADUCTION] En conséquence [. . .] il n'est pas nécessaire de présumer l'existence de la volonté de contracter à un prix plus élevé, ni de conjecturer sur ce qu'aurait pu être ce prix plus élevé.

La demanderesse a sollicité des dommages-intérêts fondés sur un délit civil et, subsidiairement, pour inexécution de contrat. Elle a produit des preuves établissant le montant du dédommagement dans chaque cas. Elle n'a pas tenté de calculer ce qu'aurait pu être son offre par repas, eu égard à toutes les variables, si on lui avait demandé de soumissionner en fonction de ce qui s'est avéré être le nombre réel d'équipes, leur taille et les endroits où elles se trouvaient, et à supposer qu'elle eût été prête à accepter le risque associé à un nombre réduit de repas. Quant à la cour, elle n'est pas en mesure de faire ce calcul. Il me semble par ailleurs que si j'accordais la somme réclamée pour l'inexécution du contrat, en tenant pour acquis qu'elle représente la différence entre le prix effectivement stipulé dans le contrat et le prix qui «aurait été demandé», ce serait un dédommagement fondé sur l'inexécution du contrat alors que, suivant les arrêts *Doyle [v. Olby (Ironmongers) Ltd., [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.)]* et *[Esso Petroleum Co. v.] Mardon [[1976] Q.B. 801 (C.A.)]*, la demanderesse a droit à des dommages-intérêts pour le délit civil consistant à avoir fait par négligence une déclaration inexacte.

En définitive, le juge Gibbs a accordé la même somme, sauf qu'il y a ajouté les montants des factures encore impayées. La nouvelle somme accordée était donc de 1 232 141 \$ plus les intérêts et les dépens relatifs aux deux décisions de première instance.

(d) *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hinkson, Lambert, Toy, Southin et Cumming)*

CN a interjeté appel de nouveau, mais a été déboutée dans un arrêt publié à (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 1.

(2d) 1. Lambert J.A. wrote for himself and Hinkson, Toy and Cumming J.J.A. Lambert J.A. held that Gibbs J. was correct that Esson J.A. had not made a positive finding with respect to whether Rainbow would have rebid had it known the true facts.

The second issue was whether Gibbs J. should have proceeded to determine that had Rainbow known the facts, it would have entered into the contract at some higher price. Lambert J.A. said at p. 12 that it may be possible in some cases for a defendant to show that the victim of the misrepresentation would have entered the contract even had the facts been known; and it may even be possible for the defendant to show what the terms of that contract would have been. In such a case:

... the measure of the loss flowing from the negligent misstatement, on the usual tort standard of placing the plaintiff in the position he would have been in if the tort had not occurred, would be the difference between the generally foreseeable financial consequences of the contract that was made and the generally foreseeable financial consequences of the contract that would have been made if the true facts had been known to the plaintiff.

It is not clear from Mr. Justice Gibbs' reasons, following the second trial, that he accepted that proposition of law from the reasons of Mr. Justice Esson. But what is clear is that even if he had accepted it he would not have found in this case that [Rainbow] would have entered into the contract at a different price if it had known the true facts about the number of meals. [Emphasis added.]

Accordingly, the Court of Appeal did not interfere with the decision of Gibbs J. that it was not necessary to make a finding that the plaintiff would have contracted at some higher price. Submissions were made by CN that the trial judge had not applied the correct measure of damages but these were dismissed.

Southin J.A. dissented. While she accepted the majority view that Gibbs J. was not bound by the previous decision on the question of Rainbow's rebid,

Le juge Lambert, s'exprimant en son propre nom et en celui des juges Hinkson, Toy et Cumming, a décidé que le juge Gibbs avait eu raison de dire que le juge Esson n'avait pas tiré de conclusion nette sur la question de savoir si Rainbow aurait présenté une nouvelle soumission si elle avait su la vérité.

La seconde question était de savoir si le juge Gibbs aurait dû entreprendre de déterminer que, si Rainbow avait connu les faits, elle aurait conclu le contrat moyennant stipulation d'un prix plus élevé. Selon le juge Lambert à la p. 12, il se peut que, dans certains cas, un défendeur soit en mesure de démontrer que la personne à qui a été faite la déclaration inexacte aurait passé le contrat même si elle avait été au courant des faits; et il est même possible que le défendeur puisse établir ce qu'auraient été les conditions de ce contrat. En pareil cas:

[TRADUCTION] ... la perte découlant de la déclaration inexacte faite par négligence, si l'on applique la norme habituelle en matière délictuelle consistant à mettre le demandeur dans la situation où il se serait trouvé si le délit civil n'avait pas été commis, serait la différence entre les conséquences financières généralement prévisibles du contrat intervenu entre les parties et les conséquences financières généralement prévisibles du contrat qui aurait été conclu si le demandeur avait su la vérité.

Il n'est pas évident, à la lecture des motifs rédigés par le juge Gibbs à la suite du second procès, qu'il acceptait ce principe de droit énoncé dans les motifs du juge Esson. Ce qui est évident toutefois, c'est que, même s'il avait accepté ce principe, il n'aurait pas conclu en l'espèce que [Rainbow] aurait signé un contrat stipulant un prix différent si elle avait su la vérité concernant le nombre de repas. [Je souligne.]

Par conséquent, la Cour d'appel n'a pas touché à la décision du juge Gibbs selon laquelle il n'était pas nécessaire de conclure que la demanderesse aurait contracté à un prix supérieur. CN a fait valoir que le juge de première instance n'avait pas appliqué le bon mode de calcul des dommages-intérêts, mais ces arguments ont été rejetés.

Le juge Southin a été dissidente. Bien que souscrivant à l'opinion de la majorité selon laquelle le juge Gibbs n'était pas lié par la décision antérieure sur la

she would have assessed the damages on the basis of breach of contract, by looking at what position the plaintiff would have been in had CN bought as many meals as it said it would. She did not consider that the measure of damages in this case would be different whether one applied the tort or contract measure. She would have allowed the appeal and remitted the case for a new trial to determine the damages for negligent misrepresentation and to adjudicate upon the breach of contract claims.

3. Issues

The appellant CN raised two main issues. The first is whether Gibbs J. was bound on the rehearing by a finding in the first judgment of the Court of Appeal. CN said that the Court of Appeal in the first appeal found as a fact that but for the misrepresentation, Rainbow would still have bid, but at a higher price. It was argued that damages had to be assessed on that basis, and not by simply awarding all of the loss that Rainbow made. The binding effect of the judgment of the Court of Appeal was supported both on the basis that it was the decision of a higher court in the same case and that the matter was *res judicata*.

The second issue, in the alternative, is whether the courts below have erred in the way that damages have been calculated.

4. Was the Finding in the First Appeal Binding?

I accept the decision made by Gibbs J. on the rehearing and by the Court of Appeal on the second appeal, which was unanimous on this point, that the decision of the Court of Appeal on the first appeal was not intended to be binding on Gibbs J. in respect of the factual question of what Rainbow would have done had it not been misled. As Lambert J.A. said at p. 11:

question de la nouvelle soumission de Rainbow, elle aurait fondé le calcul des dommages-intérêts sur l'inexécution du contrat en se demandant dans quelle situation se serait trouvée la demanderesse si CN avait acheté autant de repas qu'elle avait dit. D'après le juge Southin, le montant des dommages-intérêts n'aurait pas différé en l'espèce selon qu'il s'agissait d'un dédommagement en matière délictuelle ou en matière contractuelle. Elle a été d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès afin de déterminer le montant des dommages-intérêts à accorder pour la déclaration inexacte faite par négligence et afin qu'il soit statué sur les allégations d'inexécution de contrat.

3. Les questions en litige

L'appelante CN a soulevé essentiellement deux questions. La première est de savoir si, à la nouvelle audition, le juge Gibbs était lié par une conclusion tirée dans le premier arrêt de la Cour d'appel. Selon CN, lors du premier appel, la Cour d'appel a tiré comme conclusion de fait qu'en l'absence de la déclaration inexacte, Rainbow aurait tout de même soumissionné, mais à un prix plus élevé. Les dommages-intérêts, a-t-on soutenu, devaient être calculés sur cette base plutôt que de simplement dédommager Rainbow de la totalité de sa perte. La force obligatoire de l'arrêt de la Cour d'appel était justifiée à la fois par le fait qu'il s'agissait de la décision d'un tribunal d'instance supérieure rendue dans la même affaire et que le dossier était chose jugée.

La seconde question, qui se pose à titre subsidiaire, est de savoir si les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur quant au mode de calcul des dommages-intérêts.

4. La conclusion tirée lors du premier appel a-t-elle force obligatoire?

J'accepte la conclusion, tirée par le juge Gibbs, lors de la nouvelle audition, et par la Cour d'appel, unanime sur ce point, dans le cadre du second appel, que l'arrêt rendu par la Cour d'appel à l'issue du premier appel n'était pas censé lier le juge Gibbs relativement à la question factuelle de savoir ce qu'aurait fait Rainbow si elle n'avait pas été induite en erreur. Le juge Lambert a dit à la p. 11:

If a finding of fact becomes relevant, if it is closely disputed between the parties, if it turns on an assessment of the evidence, and if no finding has been made on that question of fact by the trial judge, then we almost invariably refer the matter back to the trial judge for a decision on the disputed question of fact.

In view of this finding, the issue of *res judicata* does not arise.

5. Assessment of Damages

The plaintiff seeking damages in an action for negligent misrepresentation is entitled to be put in the position he or she would have been in if the misrepresentation had not been made. In Fridman, *The Law of Torts in Canada*, vol. 2, the author says at p. 136:

What sort of economic loss is recoverable in an action for negligent misrepresentation is still to be resolved conclusively, although the accepted test seems to be restoration of the plaintiff to the position in which he would have been if the negligent misrepresentation had never been made. Some cases suggest that what the plaintiff can recover is what might be termed "out of pocket expenses". In other words, he is entitled to be reimbursed for those costs and expenses which he has incurred and has expended in reliance on the misrepresentation.

To the same effect is the statement in "Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts" by D. W. McLauchlan (1987), 6 *Otago L.R.* 370, at p. 388:

It is axiomatic that the object of damages is to put the party whose rights have been violated in the same position, so far as money can do so, as if his rights had been observed. Therefore, in a tort action the object is to put the plaintiff in the position he would have been in if the tort had not been committed.

What that position would have been is a matter that the plaintiff must establish on a balance of probabilities. In a case in which a material negligent misrepresentation has induced the plaintiff to enter into a transaction, the plaintiff's position is usually that,

[TRADUCTION] Si une conclusion de fait devient pertinente, si elle fait l'objet d'une vive contestation entre les parties, si elle tient à une appréciation de la preuve et si le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion sur cette question de fait, alors nous renvoyons presque invariablement l'affaire au juge de première instance pour qu'il statue sur la question de fait contestée.

Vu cette conclusion, la question de l'autorité de la chose jugée ne se pose pas.

5. Le calcul des dommages-intérêts

Le demandeur dans une action en dommages-intérêts pour une déclaration inexacte faite par négligence est en droit de se voir mis dans la situation où il se serait trouvé n'eût été de la déclaration inexacte. Fridman, dans *The Law of Torts in Canada*, vol. 2, affirme à la p. 136:

[TRADUCTION] Quant à savoir quel genre de perte économique peut donner lieu à dédommagement dans une action pour déclaration inexacte faite par négligence, c'est là une question qui n'a pas encore été définitivement tranchée, quoique le critère retenu semble être celui de la mise du demandeur dans la situation où il se serait trouvé s'il n'y avait jamais eu de déclaration inexacte faite par négligence. Il ressort de certaines décisions que le demandeur peut obtenir le paiement de ce qu'on pourrait appeler ses «débours». En d'autres termes, il a droit au remboursement des frais et dépenses qu'il a engagés après s'être fié à la déclaration inexacte.

On trouve, dans le même sens, l'énoncé de D. W. McLauchlan, dans «Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts» (1987), 6 *Otago L.R.* 370, à la p. 388:

[TRADUCTION] Il est évident que les dommages-intérêts ont pour but de mettre la partie dont les droits ont été violés dans la même situation, dans la mesure où l'argent permet de le faire, où elle se serait trouvée si ses droits avaient été respectés. Voilà pourquoi, l'action délictuelle vise à mettre le demandeur dans la situation où il se serait trouvé si le délit civil n'avait pas été commis.

Il appartient au demandeur de prouver, selon la prépondérance des probabilités, dans quelle situation il se serait ainsi trouvé. Dans un cas où une déclaration inexacte pertinente faite par négligence l'a incité à conclure un marché, le demandeur prétend norma-

absent the misrepresentation, the plaintiff would not have entered into the transaction. The plaintiff was restored to the position he would have occupied had he never entered the transaction in the following cases: *Friesen v. Berta* (1979), 100 D.L.R. (3d) 91 (B.C.S.C.); *Irving Oil Ltd. v. Adams* (1984), 46 Nfld. & P.E.I.R. 234, 135 A.P.R. 234 (Nfld. C.A.); *H.B. Nickerson & Sons Ltd. v. Wooldridge* (1980), 40 N.S.R. (2d) 388, 73 A.P.R. 388 (N.S.S.C.A.D.), and *Steer v. Aerovox Inc.* (1984), 65 N.S.R. (2d) 91, 147 A.P.R. 91 (N.S.S.C.T.D.).

Once the loss occasioned by the transaction is established, the plaintiff has discharged the burden of proof with respect to damages. A defendant who alleges that a plaintiff would have entered into a transaction on different terms sets up a new issue. It is an issue that requires the court to speculate as to what would have happened in a hypothetical situation. It is an area in which it is usually impossible to adduce concrete evidence. In the absence of evidence to support a finding on this issue, should the plaintiff or defendant bear the risk of non-persuasion? Must the plaintiff negate all speculative hypotheses about his position if the defendant had not committed a tort or must the tortfeasor who sets up this hypothetical situation establish it?

Although the legal burden generally rests with the plaintiff, it is not immutable. See *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481, and *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311. Valid policy reasons will be sufficient to reverse the ordinary incidence of proof. In my opinion, there is good reason for such reversal in this kind of case. The plaintiff is the innocent victim of a misrepresentation which has induced a change of position. It is just that the plaintiff should be entitled to say "but for the tortious conduct of the defendant, I would not have changed my position". A tortfeasor who says "Yes, but you would have assumed a position other than the *status quo ante*", and thereby asks a court to find a transaction whose terms are hypothetical and speculative, should bear

lement que, n'eût été de la déclaration inexacte, il n'aurait pas conclu le marché. Dans les affaires suivantes, le demandeur a été mis dans la situation où il se serait trouvé s'il n'avait jamais conclu le marché: *Friesen v. Berta* (1979), 100 D.L.R. (3d) 91 (C.S.C.-B.), *Irving Oil Ltd. v. Adams* (1984), 46 Nfld. & P.E.I.R. 234, 135 A.P.R. 234 (C.A.T.-N.), *H.B. Nickerson & Sons Ltd. v. Wooldridge* (1980), 40 N.S.R. (2d) 388, 73 A.P.R. 388 (C.S.N.-É., Div. app.), et *Steer v. Aerovox Inc.* (1984), 65 N.S.R. (2d) 91, 147 A.P.R. 91 (C.S.N.-É., 1^{re} inst.).

Du moment qu'il établit la perte occasionnée par le marché en question, le demandeur s'acquitte du fardeau de la preuve qui lui incombe relativement aux dommages-intérêts. Le défendeur qui allègue que le demandeur aurait conclu un marché à des conditions différentes soulève une nouvelle question qui oblige le tribunal à s'interroger sur ce qui se serait produit dans une situation hypothétique. Il s'agit d'un domaine dans lequel il est généralement impossible de produire des éléments de preuve concrets. Or, à défaut d'éléments de preuve justifiant une conclusion sur cette question, est-ce le demandeur ou bien le défendeur qui doit supporter le risque de ne pas convaincre le tribunal? Le demandeur est-il tenu de réfuter toute proposition de nature conjecturale quant à ce qu'aurait été sa situation si le défendeur n'avait pas commis de délit civil, ou est-ce à l'auteur du délit civil qui invoque cette situation hypothétique d'en faire la preuve?

Bien que le fardeau ultime incombe généralement au demandeur, il ne s'agit pas là d'une règle immuable; voir *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481, et *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311. Des motifs de principe valables suffiront pour inverser le fardeau normal de la preuve. À mon avis, il y a une bonne raison qui justifie une telle inversion dans un cas comme celui qui nous occupe. La demanderesse est la victime innocente d'une déclaration inexacte qui l'a amenée à changer sa situation. Il est juste que la demanderesse puisse alléguer que «n'eût été de la conduite délictuelle de la défenderesse, je n'aurais pas changé ma situation». L'auteur du délit civil qui répond «Oui, mais vous seriez mise dans une situation autre que le statu quo» et qui demande, en conséquence, au tribunal de

the burden of displacing the plaintiff's assertion of the *status quo ante*.

The operation of a similar principle can be found in cases in which a secured creditor unlawfully disposes of the debtor's goods. The loss to the debtor is the market value of the goods. A creditor who alleges that in the debtor's hands they would have less value must prove it. See *National Bank of Canada v. Corbeil*, [1991] 1 S.C.R. 117, and *Provincial Bank of Canada v. Gagnon*, [1981] 2 S.C.R. 98.

Applying the foregoing to this I observe that Rainbow established the following:

(a) it was the victim of a negligent misrepresentation;

(b) but for this misrepresentation it would not have entered into this contract on these terms; and,

(c) this contract resulted in the loss that was awarded by the trial judge.

The appellant CN alleged that the loss was not all attributable to the misrepresentation because Rainbow would have entered into a different contract on other terms which would have resulted in at least some of the loss. What the respondent would have done had it not been for the tortious act requires a great deal of speculation, and, on the basis of the principles which I have reviewed above, I would apply the legal burden of proof against the appellant. The trial judge declined to make a finding in favour of the appellant on this issue. The judgment of the majority of the Court of Appeal found no error on the part of the trial judge in this regard. Indeed, they seem to have expressly approved it. Alternatively, the passage to which I made reference above suggests that it was implicit in the findings of the trial judge that he found in favour of the plaintiff on this issue.

conclure à l'existence d'un marché dont les conditions sont hypothétiques et conjecturales doit assumer le fardeau de réfuter l'allégation de *statu quo* de la demanderesse.

Un principe analogue joue dans les cas où un créancier garanti dispose illégalement des biens du débiteur. La perte subie par le débiteur correspond à la valeur marchande de ces biens. Le créancier qui allègue que s'ils étaient en la possession du débiteur, la valeur des biens serait moindre, est tenu de le prouver; voir *Banque Nationale du Canada c. Corbeil*, [1991] 1 R.C.S. 117, et *Banque Provinciale du Canada c. Gagnon*, [1981] 2 R.C.S. 98.

Appliquant en l'espèce les principes susmentionnés, je fais remarquer que Rainbow a établi:

a) qu'elle a été victime d'une déclaration inexacte faite par négligence;

b) que, n'eût été de cette déclaration inexacte, elle n'aurait pas conclu le contrat à ces conditions; et

c) que ce contrat a entraîné la perte dont elle a été dédommée par le juge de première instance.

L'appelante CN a fait valoir que la perte n'était pas imputable en totalité à la déclaration inexacte parce que Rainbow aurait passé un contrat différent comportant d'autres conditions, ce qui lui aurait occasionné au moins une partie de sa perte. Pour déterminer ce qu'aurait fait l'intimée en l'absence de l'acte délictuel en cause, il faut se livrer à de nombreuses conjectures et, me fondant sur les principes examinés plus haut, je ferais assumer à l'appelante le fardeau ultime de la preuve. Le juge de première instance a refusé de se prononcer en faveur de l'appelante sur cette question. Les juges majoritaires en Cour d'appel n'ont relevé aucune erreur de la part du juge de première instance à cet égard. En fait, ils semblent avoir expressément approuvé sa conclusion. Subsidiairement, le passage que je viens d'évoquer donne à entendre qu'il se dégage implicitement des conclusions du juge de première instance qu'il a tranché en faveur de la demanderesse sur ce point.

It was argued by CN that much of the loss was not caused by the misrepresentation and would have been suffered even had the estimate been accurate. CN pointed out that Rainbow itself, in para. 49 of its statement of claim, alleged that losses were caused by certain conduct of CN and its employees during the performance of the contract, such as taking too much food. Those claims were in breach of contract, and have never been adjudicated. But CN's position is that the losses caused by such conduct cannot be recoverable in the misrepresentation claim.

But I have concluded that CN bore the burden of proving that Rainbow would have bid even if the estimate had been accurate. That was not proved, and so it is taken as a fact that Rainbow would not have contracted had the estimate been accurate. The conduct referred to in para. 49 would not have occurred if there had been no contract, and therefore the loss caused thereby, like all other losses in the proper execution of the contract by Rainbow, is directly related to the negligent misrepresentation. The entering into of the contract is a link in the chain with respect to the para. 49 losses. These losses are causally and directly connected to the contract and the contract is causally connected to the negligent misrepresentation. Finally, in my view these damages were foreseeable and therefore are not remote. For these reasons, I conclude that the trial judge correctly assessed the damages and the Court of Appeal was right to affirm his judgment.

In the result, the appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—The plaintiffs (respondents) sued in contract and tort. The torts alleged were negligent misrepresentation and fraudulent misrepresentation. The trial judge based his judgment on negligent and fraudulent misrepresentation and did not consider the contractual claim. On the first appeal, it was held that the claim for fraudulent misrepresentation could not be sustained. No appeal

CN a soutenu qu'une bonne partie de la perte ne résultait pas de la déclaration inexacte et aurait été subie même si l'estimation avait été exacte. Rainbow elle-même, a fait remarquer CN, a allégué à l'alinéa 49 de sa déclaration que des pertes avaient été occasionnées par une certaine conduite de la part de CN et de ses employés pendant l'exécution du contrat, notamment la consommation excessive de nourriture. Ce sont là des allégations d'inexécution de contrat sur lesquelles les tribunaux n'ont jamais statué. CN prétend toutefois qu'on ne peut obtenir, dans le cadre de la demande fondée sur la déclaration inexacte, le dédommagement de pertes occasionnées par une telle conduite.

Mais j'ai conclu qu'il incombait à CN de prouver que Rainbow aurait soumissionné même si l'estimation avait été exacte. Cette preuve n'a pas été faite et, en conséquence, je tiens pour avéré que Rainbow n'aurait pas conclu de contrat si l'estimation avait été exacte. La conduite mentionnée à l'alinéa 49 n'aurait pas eu lieu en l'absence d'un contrat, si bien que la perte en résultant, comme toutes les autres pertes découlant de l'exécution appropriée du contrat par Rainbow, est directement liée à la déclaration inexacte faite par négligence. La passation du contrat forme un maillon dans la chaîne des événements conduisant aux pertes visées à l'alinéa 49. Ces pertes ont un lien causal direct avec le contrat, qui, à son tour, a un lien causal avec la déclaration inexacte faite par négligence. Finalement, j'estime que ces pertes étaient prévisibles et ne constituent donc pas une conséquence indirecte. Pour ces motifs, je conclus que le juge de première instance a correctement évalué les dommages-intérêts et que la Cour d'appel a eu raison de confirmer sa décision.

En définitive, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Les demanderes (intimées) ont intenté une action pour inexécution de contrat et pour délits civils. Les délits civils consisteraient en une déclaration inexacte faite par négligence et en une déclaration inexacte frauduleuse. Le juge de première instance a fondé sa décision sur la déclaration faite par négligence et sur la déclaration inexacte frauduleuse et n'a pas abordé la

has been taken from this ruling. Therefore, the only action which falls for consideration on this appeal is that of negligent misrepresentation. The issue is what measure of damages flow from the defendant's (appellant's) negligent misrepresentation that the number of meals to be provided by the plaintiff was greater than it in fact was.

The applicable principles are simply stated.

An action for negligent misrepresentation is made out where there is: (a) a negligent misrepresentation; (b) made carelessly and in breach of a duty owed by the representor to the representee to take reasonable care to ensure that the representation is adequate; which (c) causes loss which was the foreseeable consequence of the misrepresentation at the time it was made to the representee. This appeal concerns the third requirement of the action for negligent misrepresentation.

The loss recoverable is the loss which is established to have been caused by the negligent misrepresentation. The causal link between the representation and the loss is an act of reliance by the plaintiff. In this case, the act of reliance was the plaintiffs' entry into the contract with the defendant. The question is not what the total loss on the contract is, but what loss is shown to have been caused by the tortious act, the negligent misrepresentation.

I turn from general principles to matters of proof. The plaintiff bears the burden of establishing the elements of its action. However, it is not incumbent on the plaintiff to actually adduce evidence that the misrepresentation caused it to enter into the contract, or to put it conversely, that "but for" the misrepresentation it would not have entered into the contract. The

demande relative au contrat. Lors du premier appel, le tribunal a statué que la demande pour déclaration inexacte frauduleuse ne pouvait être accueillie. Il n'a pas été interjeté appel de cette décision. En conséquence, le présent pourvoi ne porte que sur la question de la déclaration inexacte faite par négligence. Il s'agit de déterminer quel montant des dommages-intérêts doit être accordé par suite de la déclaration inexacte faite par négligence par la défenderesse (appelante) que le nombre de repas devant être fournis par les demandresses serait plus élevé qu'en réalité.

Les principes applicables peuvent être énoncés simplement.

Une action pour déclaration inexacte faite par négligence doit satisfaire aux conditions suivantes: a) une déclaration inexacte a été faite par négligence; b) elle a été faite avec insouciance et contrairement à l'obligation que l'auteur de cette déclaration a envers celui à qui elle est faite de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de l'exactitude de la déclaration; c) la déclaration cause une perte qui constituait la conséquence prévisible de la déclaration inexacte au moment où elle a été faite. Le présent pourvoi porte sur la troisième condition de l'action pour déclaration inexacte faite par négligence.

La perte qui peut donner lieu à dédommagement est celle qui, selon la preuve, est imputable à la déclaration faite par négligence. Le lien de causalité entre la déclaration faite et la perte subie résulte du crédit accordé à cette déclaration par le demandeur. En l'espèce, ce crédit s'est manifesté par le contrat que les demandresses ont conclu avec la défenderesse. Il ne s'agit pas de déterminer quelle est la perte totale subie dans l'exécution du contrat, mais plutôt de savoir quelle perte, suivant la preuve, a été causée par l'acte délictuel, la déclaration inexacte faite par négligence.

Je m'éloigne maintenant de l'analyse des principes généraux pour passer à celle des questions de preuve. Il incombe au demandeur de prouver les éléments de sa conduite. Toutefois, il ne lui appartient pas de prouver que la déclaration inexacte l'a incité à conclure le contrat ou, inversement que «n'eût été» la déclaration inexacte, il n'aurait pas conclu le contrat.

court will draw an inference of causation of loss through reliance where the misleading conduct is of such a nature as to be likely to induce a representee to act on it. That inference is capable of being rebutted. See *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5 (C.A.), Treitel, *The Law of Contract*, 7th ed. (1987), at pp. 263-64.

The plaintiff may contend that all its losses on the contract were caused by the negligent misrepresentation. But if it is shown that the loss was caused by factors other than the misrepresentation, then the chain of causation is broken. Generally, the plaintiff establishes a *prima facie* case by proving losses resulting from the contract. But the defendant may show that the chain of causation was broken by, for example, the plaintiff's own acts, the acts of third parties, or other factors unrelated to the tortious misrepresentation. Tort liability is based on fault, and losses not caused by the defendant's fault cannot be charged to it. It is for the plaintiff in contracting to make proper allowance for contingencies such as weather. The plaintiff may also have claim against third parties who cause it loss.

The final question is whether the loss found to be caused by the negligent misstatement was a reasonably foreseeable consequence of the misrepresentation when the misrepresentation was made, i.e., that it is not too remote.

Application of Principles

The trial judge found a negligent misrepresentation likely to induce a representee to act on it. This entitled him to infer that the plaintiffs relied on the misrepresentation leading them to enter into the contract.

This brings us to the next question: what portion of the plaintiffs' losses on the contract were caused by the negligent misrepresentation? The defendant led evidence that some of the loss had been caused by

Le tribunal tirera une conclusion de la cause de la perte selon le crédit accordé à la déclaration dans le cas où la conduite trompeuse est susceptible d'avoir incité à agir celui à qui la déclaration a été faite. Cette conclusion peut être réfutée. Voir l'arrêt *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] 2 All E.R. 5 (C.A.), Treitel, *The Law of Contract*, 7th ed. (1987), aux pp. 263 et 264.

b Le demandeur peut alléguer que toutes les pertes qu'il a subies dans l'exécution du contrat sont imputables à la déclaration inexacte faite par négligence. Mais s'il est établi que la perte résulte de facteurs autres que la déclaration inexacte, il y a alors rupture du lien de causalité. Généralement, le demandeur fait une preuve *prima facie* en établissant l'existence des pertes résultant du contrat. Toutefois, le défendeur peut établir que le lien de causalité a été rompu, notamment par les propres actes du demandeur, les actes de tierces parties ou d'autres facteurs qui n'ont rien à voir avec la déclaration inexacte délictuelle. La responsabilité civile délictuelle repose sur la faute et les pertes ne résultant pas de la faute du défendeur ne peuvent lui être imputées. Il appartient au demandeur, lorsqu'il conclut un contrat, de parer aux éventualités comme les conditions atmosphériques. Le demandeur peut aussi avoir un recours contre les tierces parties qui ont causé la perte qu'il a subie.

Enfin, il reste à déterminer si la perte jugée imputable à la déclaration inexacte faite par négligence constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la déclaration au moment où elle a été faite, c'est-à-dire qu'elle ne constitue pas une conséquence trop indirecte.

Application des principes

h Le juge de première instance a conclu à l'existence d'une déclaration inexacte faite par négligence susceptible d'inciter à agir la personne à qui elle est faite. Cela lui a permis de conclure que c'est la déclaration inexacte qui a incité les demanderessees à conclure le contrat.

Cela nous amène à la question suivante: quelle proportion des pertes relatives à l'exécution du contrat que les demanderessees ont subies est imputable à la déclaration inexacte faite par négligence? La

factors other than its negligent misrepresentation. If the trial judge had found that a portion of the plaintiffs' loss was caused by factors other than the negligent misrepresentation, then the chain of causation would have been broken and there would have been no recovery for losses caused by these factors. The trial judge, however, made no finding as to the effect on the total contract loss of acts of the plaintiffs, third parties, or other factors unrelated to the defendant's tortious act. He apparently took the view that these matters were irrelevant. In fact, they were relevant on the issue of causation of the loss. The matter must be remitted to trial to permit the necessary findings on this issue.

To amplify, the plaintiffs' losses may have been caused by: (a) the defendant's negligent misrepresentation; (b) other wrongful acts or omissions of the defendant, whether in negligence or breach of contract; (c) the plaintiffs' acts or omissions; (d) the acts of third parties; and/or (e) factors unrelated to the fault of either the plaintiffs or the defendant. The defendant is responsible for losses flowing from (a) or (b), but not for losses flowing from (c), (d), and (e). The trial judge wrongly assumed that all the plaintiffs' contract losses must be attributed to (a) and made no findings with respect to the other possibilities, notwithstanding the fact that the defendant CN led evidence on them. These findings must be made if justice is to be done.

Loss found to be caused by the defendant's misrepresentation must meet the further test of foreseeability; that is, it must not be too remote. The question is: was the loss caused by the misrepresentation the reasonably foreseeable consequence of the misrepresentation at the time it was made. This rule comes into play only after it has been established that the defendant's misrepresentation in fact caused the loss. Given that I would remit this case to trial for

défenderesse a présenté la preuve qu'une partie de la perte était attribuable à des facteurs autres que sa déclaration inexacte faite par négligence. Si le juge de première instance avait conclu qu'une partie de la perte des demanderesse découlait de facteurs autres que la déclaration inexacte faite par négligence, il y aurait alors eu rupture du lien de causalité et il n'y aurait eu aucun dédommagement possible au titre des pertes imputables à ces facteurs. Toutefois, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion quant à l'incidence des actes des demanderesse sur la perte totale relative à l'exécution du contrat, de la conduite de tierces parties ou d'autres facteurs n'ayant rien à voir avec l'acte délictuel de la défenderesse. Il a apparemment estimé que ces questions n'étaient pas pertinentes. En fait, elles l'étaient relativement à la question de la cause de la perte. Cette affaire doit faire l'objet d'un renvoi à procès pour qu'un tribunal statue sur cette question.

Plus particulièrement, les pertes subies par les demanderesse peuvent résulter a) de la déclaration inexacte faite par négligence par la défenderesse, b) d'autres actes ou omissions illégitimes de la défenderesse, que ce soit par négligence ou par suite de l'inexécution du contrat, c) des actes ou omissions des demanderesse, d) des actes de tierces parties, et e) de facteurs n'ayant rien à voir avec la faute des demanderesse ou de la défenderesse, ou de l'un ou l'autre de ces éléments. La défenderesse est responsable des pertes découlant de a) ou b), mais non des pertes découlant de c), d) et e). Le juge de première instance a supposé à tort que toutes les pertes relatives à l'exécution du contrat des demanderesse doivent être imputées à a) et n'a tiré aucune conclusion quant aux autres possibilités, même si la défenderesse CN avait présenté des preuves à cet égard. Ces conclusions doivent être tirées pour que justice soit faite.

La perte jugée imputable à la déclaration inexacte de la défenderesse doit aussi satisfaire au critère de prévisibilité, c'est-à-dire que la perte subie ne doit pas constituer une conséquence trop indirecte. La question est la suivante: la perte imputable à la déclaration inexacte constituait-elle la conséquence raisonnablement prévisible de la déclaration inexacte au moment où elle a été faite? Cette règle ne s'applique qu'une fois qu'il a été prouvé que la perte résulte

proper determination of the issue of causation, the rule of remoteness need not be considered at this stage. However, were it necessary to consider it, I would find that losses caused by factors other than the tortious misstatement would not have been foreseeable at the time the representation was made, given that the defendant was entitled to assume that the plaintiffs in bidding would make allowance for all factors relevant to the cost of executing the contract (excluding the defendant's wrongful acts), and that the plaintiffs would not exacerbate the loss by their own acts.

I conclude the matter must be remitted to trial.

Additional Observations

The appeal as presented focused on whether the trial judge should have considered whether the plaintiffs had adduced evidence that they would not have contracted but for the representation. It will be apparent from the foregoing that I agree with the trial judge that, in the absence of rebutting evidence, he was entitled to infer reliance inducing the contract. While I agree with Justice Sopinka that such an inference may be drawn, in my view this flows from the authorities, and is not dependent upon the policy dictates of a particular case.

I also share the trial judge's view that speculation about what the plaintiffs would have bid had they known the truth is not necessary in a tort action for negligent misrepresentation. The aim in tort is simply to restore the plaintiff to the position it would have been in had the tortious act not been committed. The only question is whether it can be found (or inferred) that the plaintiffs would not have contracted but for the misrepresentation.

In contract the matter is otherwise. In contract the aim of damages is to put the plaintiff in the position it

effectivement de la déclaration inexacte du défendeur. Puisque je suis d'avis d'ordonner un renvoi à procès aux fins de bien trancher la question de la causalité, il n'est pas nécessaire, pour le moment, d'examiner la règle du caractère indirect d'une conséquence. Toutefois, si je devais le faire, je conclurais que les pertes résultant de facteurs autres que la déclaration inexacte délictuelle n'auraient pas été prévisibles au moment où la déclaration a été faite, puisque la défenderesse était en droit de supposer que les demanderesse, dans leur soumission, tiendraient compte de tous les facteurs liés au coût d'exécution du contrat (à l'exclusion des actes illégitimes de la défenderesse) et que les demanderesse n'aggravaient pas elles-mêmes la perte de leur propre fait.

Je conclus que l'affaire doit être renvoyée à procès.

a Observations additionnelles

Le pourvoi, tel qu'il se présente, met l'accent sur la question de savoir si le juge de première instance aurait dû examiner si les demanderesse ont fait la preuve qu'elles n'auraient pas conclu le contrat n'eût été de la déclaration inexacte. D'après ce qui précède, il est évident que je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire qu'il avait droit, en l'absence d'une contre-preuve, de conclure que le crédit accordé à la déclaration avait incité à la passation du contrat. Bien que je partage l'avis du juge Sopinka que cette conclusion est possible, j'estime que cela découle de la jurisprudence et non des principes applicables dans un cas particulier.

Je partage également l'opinion du juge de première instance que, dans une action délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence, il n'est pas nécessaire de se livrer à des conjectures quant à ce que les demanderesse auraient présenté comme soumission si elles avaient su la vérité. En matière délictuelle, l'objet est simplement de mettre le demandeur dans la situation où il se serait trouvé si l'acte délictuel n'avait pas été commis. La seule question est de savoir si l'on peut conclure (ou inférer) que les demanderesse n'auraient pas conclu le contrat en l'absence de la déclaration inexacte.

j En matière contractuelle, il en va autrement. Dans ce cas, les dommages-intérêts visent à mettre le

would have been in had the representation been true; i.e., to compensate the plaintiff for its contractual expectation. It therefore becomes necessary to determine what would have happened had the representation made as to the number of meals been true. Even this inquiry, however, does not require the court to speculate on what the plaintiff would have bid had it known the true facts (the test proposed by Sopinka J.).

In short, I conclude that the trial judge applied the appropriate general test for damages, given that he was considering the action in tort and not in contract. He also properly inferred reliance, notwithstanding the absence of a statement by the plaintiffs that they would not have contracted had they known the truth. The trial judge's only error was that identified by Southin J.A. in her reasons below: he failed to consider whether all the losses on the contract were caused by the defendant's tortious misrepresentation, or whether, on the contrary, some of the losses were caused by other factors.

The authorities do not suggest that all contractual losses are inevitably recoverable in an action for negligent or fraudulent misrepresentation inducing a contract. In *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, *supra*, and *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158, general contractual losses were recoverable. However, as Southin J.A. pointed out, there was no allegation in those cases that part of the loss had been caused by the plaintiffs' acts. The defendant is obliged to compensate the plaintiffs for losses caused by the defendant's wrongful act, but not for losses caused by the acts of others. Were it otherwise, the measure of damages in tort might significantly exceed the measure in contract. I agree with Southin J.A. that as a matter of practical justice, the damages awarded for a given wrongful act should be the same,

demandeur dans la situation où il se serait trouvé si la déclaration avait été exacte, c'est-à-dire qu'ils visent à dédommager le demandeur relativement aux attentes qu'il avait à l'égard du contrat. Il devient alors nécessaire de déterminer ce qui se serait passé si la déclaration quant au nombre de repas avait été exacte. Toutefois, même dans ce cas, la cour n'est pas tenue de se livrer à des conjectures quant à ce que le demandeur aurait présenté comme soumission s'il avait su la vérité (le critère proposé par le juge Sopinka).

Bref, je conclus que le juge du procès a appliqué le bon critère général pour calculer les dommages-intérêts, puisqu'il devait se prononcer sur une action en matière délictuelle et non contractuelle. Il a aussi à juste titre conclu que l'on avait accordé du crédit à la déclaration, même si les demanderessees n'avaient pas déclaré qu'elles n'auraient pas conclu le contrat si elles avaient su la vérité. La seule erreur du juge de première instance est celle relevée par le juge Southin de la Cour d'appel dans ses motifs, savoir qu'il a omis d'examiner si toutes les pertes relatives à l'exécution du contrat étaient imputables à la déclaration inexacte délictuelle de la défenderesse ou si, au contraire, certaines de ces pertes résultaient d'autres facteurs.

Selon la jurisprudence, toutes les pertes relatives à l'exécution d'un contrat ne donnent pas nécessairement lieu à dédommagement dans une action pour déclaration inexacte faite par négligence ou pour déclaration inexacte frauduleuse ayant incité à la passation d'un contrat. Dans les affaires *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, précité, et *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158, les pertes générales relatives à l'exécution d'un contrat ont donné lieu à un dédommagement. Toutefois, comme le fait remarquer le juge Southin de la Cour d'appel, il n'y avait, dans ces affaires aucune allégation qu'une partie de la perte résultait des actes du demandeur. Le défendeur est tenu de dédommager le demandeur des pertes résultant d'un acte illégitime qu'il a commis, mais non des pertes imputables à des tiers. Sinon, le montant des dommages-intérêts en matière délictuelle pourrait être sensiblement plus élevé qu'en matière contractuelle. Je souscris à l'opinion du juge Southin que, d'un point de vue de justice pratique, le montant

whether the act is seen as a tort or a breach of contract.

Disposition

I would remit the matter to trial for determination of whether any part of the loss was caused by factors unrelated to the defendant's misrepresentation.

Appeal dismissed with costs, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ladner, Downs, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Roberts, Muir & Griffin, Vancouver.

des dommages-intérêts accordé pour un acte illégitime donné devrait être le même, peu importe que cet acte soit considéré comme un délit civil ou comme constituant une inexécution de contrat.

a

Dispositif

Je suis d'avis d'ordonner un renvoi à procès pour qu'il puisse être déterminé si une partie de la perte est imputable à des facteurs autres que la déclaration inexacte de la défenderesse.

b

c

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureurs de l'appelante: Ladner, Downs, Vancouver.

d

Procureurs des intimées: Roberts, Muir & Griffin, Vancouver.

William Edward Elshaw *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ELSHAW

File No.: 21614.

1991: May 9; 1991: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused making incriminating statement to police officer while being held in van — Accused's right to counsel violated — Whether incriminating statement should be admitted into evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Appellant had been seen in a park with young boys in suspicious circumstances. The police were called and appellant was stopped when he attempted to leave the park by jumping a fence. The officer obtained identification from him, advised him that he was being investigated for possible child molesting, and placed him in the back of a police van. The police then questioned both the adult witnesses and the boys. About five minutes later, one of the officers opened the van door and engaged in a conversation with appellant in which appellant said he sometimes had "these urges, not so much with little boys, but more with little girls", and admitted his need for help. At no time prior to this conversation was appellant informed of his right to retain and instruct counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or of his common law right to remain silent. After the conversation, he was driven to the police station, formally charged with vagrancy and advised of his right to retain and instruct counsel. Charges of assault and attempted sexual assault were added later.

William Edward Elshaw *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ELSHAW

^b N° du greffe: 21614.

1991: 9 mai; 1991: 26 septembre.

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

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

^a *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité d'éléments de preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Déclaration incriminante faite par l'accusé à un agent de police alors qu'il était détenu dans une fourgonnette — Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat — La déclaration incriminante devrait-elle être admise en preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

L'appellant avait été aperçu dans un parc en compagnie de jeunes garçons dans des circonstances louches. On a fait venir la police et l'appellant a été interpellé quand il a tenté de quitter le parc en sautant par-dessus une clôture. Un policier lui a fait produire une pièce d'identité, lui a appris qu'il faisait l'objet d'une enquête relativement à de possibles agressions sexuelles contre des enfants et l'a fait monter à l'arrière d'un fourgon cellulaire. Les policiers ont ensuite interrogé les témoins adultes et les garçonnetts. Environ cinq minutes plus tard, l'un des policiers a ouvert la porte du fourgon et a eu avec l'appellant un entretien au cours duquel ce dernier a dit que parfois «l'envie me prend, pas tellement à l'égard de petits garçons, mais plutôt à l'égard de petites filles», et a reconnu avoir besoin d'aide. À aucun moment antérieurement à cette conversation l'appellant n'a été informé de son droit, garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, ou de son droit, reconnu par la common law, de garder le silence. Après la conversation, il a été conduit au poste de police, officiellement accusé de vagabondage et informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Des accusations de voies de fait et de tentative d'agression sexuelle ont été portées contre lui par la suite.

At trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the conversation between appellant and the police officer. Defence counsel sought to have the evidence excluded under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that appellant's s. 10(b) right had been infringed while he was detained in the patrol van. The trial judge admitted the evidence. Neither appellant nor the boys testified at the trial. Appellant was acquitted on the charges of simple assault but convicted on the two counts of attempted sexual assault. The court then granted the Crown's application to have appellant declared a dangerous offender pursuant to Part XXI of the *Criminal Code* and appellant was given an indeterminate sentence. An appeal to the Court of Appeal was dismissed.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: In view of the specific findings of the lower courts that there was a detention in this case, as conceded by the Crown, the sole issues before the Court were (1) the appropriate test under s. 24(2) of the *Charter* for the admission of a self-incriminating statement obtained following a violation of the accused's s. 10(b) *Charter* rights and (2) the Crown's alternative argument concerning the availability of the curative provision in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The factors to be considered in determining whether the admission of evidence in proceedings would bring the administration of justice into disrepute can be divided into three groups based on their effect on the repute of the administration of justice. The first group of factors are those relating to the fairness of the trial. The second group relates to the seriousness of the *Charter* violations as shown by the conduct of the law enforcement authorities. The third group of factors deals with the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence even though it was obtained in violation of the *Charter*. The measure of seriousness is a function of the deliberate or non-deliberate nature of the violation by the authorities, circumstances of urgency and necessity, and other aggravating or mitigating factors.

Au cours du procès, un *voir-dire* a été tenu pour déterminer l'admissibilité en preuve de la conversation survenue entre l'appelant et l'agent de police. L'avocat de la défense a cherché à obtenir l'exclusion de cette preuve, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que l'appelant avait subi, pendant qu'il était détenu dans le fourgon cellulaire, une atteinte au droit que lui garantit l'al. 10b). La preuve en question a été admise par le juge du procès. Ni l'appelant ni les garçons n'ont témoigné au cours du procès. L'appelant a été acquitté relativement aux accusations de voies de fait simples, mais a été reconnu coupable des deux infractions de tentative d'agression sexuelle. La cour a ensuite fait droit à une requête du ministère public visant à faire déclarer l'appelant comme étant un délinquant dangereux, conformément à la partie XXI du *Code criminel* et l'appelant s'est vu infliger une peine de durée indéterminée. L'appel interjeté devant la Cour d'appel a été rejeté.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Compte tenu des conclusions précises des tribunaux d'instance inférieure qu'il y a eu détention en l'espèce, ce que reconnaît d'ailleurs le ministère public, les seules questions soumises à la Cour sont (1) celle du critère à appliquer, aux fins du par. 24(2) de la *Charte*, pour décider de l'admissibilité d'une déclaration incriminante obtenue de l'accusé par suite d'une violation des droits que lui reconnaît l'al. 10b) de la *Charte*, et (2) celle soulevée par l'argument subsidiaire du ministère public concernant la possibilité de se prévaloir de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Les facteurs à prendre en considération pour déterminer si l'utilisation de certains éléments de preuve, dans une instance, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice peuvent se diviser en trois groupes selon leur effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Le premier groupe englobe les facteurs liés à l'équité du procès. Le deuxième groupe touche la gravité des violations de la *Charte*, qui ressort de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième groupe de facteurs concerne la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion des éléments de preuve, même s'ils ont été obtenus d'une manière contraire à la *Charte*. La gravité tient au caractère délibéré ou non de la violation commise par les autorités, à l'existence d'une situation d'urgence et de nécessité, ainsi qu'à la présence d'autres facteurs aggravants ou atténuants.

The self-incriminating statement should not have been admitted in this case. The violation of appellant's rights was serious. What was important was the fact that the police obtained evidence from a detained person prior to fulfilling their responsibilities under s. 10(b), not the relatively short period of time during which appellant was detained. The violation of s. 10(b) arose when the police officer began to question appellant without advising him that he could retain a lawyer. The statement obtained under these conditions contributed substantially to his conviction. It was also used to provide a nexus to similar fact evidence regarding appellant's previous conviction for child molesting which was the basis of his indeterminate sentence as a dangerous offender.

While it may have been reasonable and necessary to place appellant in the patrol wagon, it was not necessary to violate his *Charter* right in the circumstances. The Crown did not produce any explanation or evidence to show why the police could not have waited to question him. If circumstances of urgency or necessity are to be a mitigating factor, they must go to the need to obtain information right away prior to advising the suspect of his or her rights to retain and instruct counsel, rather than the need to restrict a suspect's movements by detention or arrest. The urgency of detention should not be used as an excuse to violate the right to counsel if there is no need to question the accused immediately.

Even if the good faith of the police officers were definitively established, it should not have been considered as a mitigating factor in the violation of appellant's rights. The good faith of police will not strengthen the case for admission to cure an unfair trial. The fact that the police thought they were acting reasonably is cold comfort to an accused if their actions result in a violation of his or her right to fair criminal process.

No one can speculate what appellant might have said or done at the time of his detention had he been advised of his right to counsel or even of his right to remain silent. To base admission on the ground that he might have confessed completely undermines the enshrinement of the right to counsel in the *Charter*.

La déclaration incriminante n'aurait pas dû être admise en l'espèce. La violation des droits de l'appelant était grave. Ce qui importe c'est que les policiers ont obtenu des éléments de preuve d'un détenu avant de s'acquitter des obligations que leur impose l'al. 10(b), et non pas la durée relativement courte de la détention de l'appelant. Il y a eu violation de l'al. 10(b) dès que l'agent de police s'est mis à interroger l'appelant sans l'informer qu'il pouvait avoir recours à l'assistance d'un avocat. La déclaration obtenue dans ces circonstances a largement contribué au verdict de culpabilité rendu contre l'appelant. Elle a été utilisée, en outre, pour former un lien avec une preuve de faits similaires relativement à la condamnation antérieure de l'appelant pour agression sexuelle contre des enfants, preuve sur laquelle a été fondée la peine de durée indéterminée prononcée contre l'appelant en tant que délinquant dangereux.

Bien qu'il puisse avoir été raisonnable et nécessaire de placer l'appelant dans le fourgon cellulaire, il n'était pas nécessaire, dans les circonstances, de violer le droit que lui garantissait la *Charte*. Le ministère public n'a présenté aucune explication ni aucun élément de preuve démontrant pourquoi les policiers n'auraient pas pu attendre pour l'interroger. Pour que l'urgence de la situation ou la nécessité constituent des facteurs atténuants, elles doivent procéder de la nécessité d'obtenir des renseignements sans délai, avant d'informer le suspect de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, plutôt que de la nécessité de recourir à la détention ou à l'arrestation pour limiter les déplacements du suspect. L'urgence de la détention ne devrait pas servir de prétexte pour violer le droit à l'assistance d'un avocat dans un cas où il n'est nullement nécessaire d'interroger le prévenu immédiatement.

Même à supposer que la bonne foi des policiers ait été établie de façon concluante, elle n'aurait pas dû être considérée comme un facteur atténuant la violation des droits de l'appelant. La bonne foi de la police ne militera pas en faveur de l'utilisation de la preuve obtenue pour remédier à un procès inéquitable. Le fait que les policiers croyaient agir raisonnablement n'a guère de quoi consoler un accusé si, par suite de leurs actes, il subit une atteinte à son droit à l'équité du processus criminel.

Nul ne peut conjecturer sur ce que l'appelant aurait pu dire ou faire au moment de sa détention s'il avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat ou même de son droit de garder le silence. Motiver l'utilisation des éléments de preuve par le fait qu'il aurait pu faire un aveu, c'est miner complètement le droit à l'assistance d'un avocat, consacré dans la *Charte*.

The Court of Appeal used the wrong criteria for admission of the evidence in this case, and misapplied them. It listed the self-incriminating nature of the evidence obtained in violation of s. 10(b) as just one factor among many to be considered, when a proper approach would have been premised on the principle that such evidence is not generally admissible because it would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute. Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, which can be used to cure errors of law where no substantial wrong or miscarriage of justice results, is not available here. If the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because its admission would put the administration of justice into disrepute, then generally its admission was such as to amount to a substantial wrong or miscarriage of justice.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): There was no violation of appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter*; he was not detained within the meaning of the section when he made the self-incriminating statements to the police.

Detention can occur through the exercise of physical restraint or the assumption of control over movement. These two scenarios are not at issue here. While appellant was put in the back of a police vehicle, the entire incident took place in a park, in full view of the public. He had not been handcuffed or placed under arrest, had not been verbally or physically coerced in any way, and only spent some five or six minutes in the van. Further, the police officers had no firm suspicion at the time that he had been involved in criminal activity.

Detention for the purposes of triggering s. 10(b) rights ought not to be recognized merely because a person might feel some kind of psychological compulsion during contact with a police officer. The requirement that police officers apprise persons of their rights under the *Charter* in such situations has massive implications for law enforcement since it would effectively shackle any investigation at its outset by preventing the authorities from making any kind of introductory inquiry and factual assessment of the situation before criminal liability even becomes an issue.

La Cour d'appel s'est servie, en l'espèce, des mauvais critères pour décider de l'admissibilité des éléments de preuve en cause et elle a mal appliqué ces critères. Elle a mentionné la nature incriminante de la preuve obtenue en violation de l'al. 10b) comme ne représentant qu'un facteur parmi tant d'autres à considérer, alors qu'il aurait fallu plutôt partir du principe selon lequel une telle preuve est généralement inadmissible du fait qu'elle nuirait à l'équité du procès et qu'elle déconsidérerait l'administration de la justice. Le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, qui peut servir à réparer les erreurs de droit dans les cas où il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave, ne s'applique pas en l'espèce. Si la preuve en cause avait dû être écartée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que son utilisation aurait été susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, alors, d'une manière générale, cette utilisation aurait constitué un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'appelant n'a subi aucune violation des droits que lui reconnaît l'al. 10b) de la *Charte* et il n'était pas détenu, au sens de cette disposition, quand il a fait les déclarations incriminantes aux policiers.

La détention peut résulter de l'exercice d'une contrainte physique ou de la restriction de la liberté d'action. Ces deux scénarios ne se présentent pas en l'espèce. Bien qu'on ait fait monter l'appelant à l'arrière d'un véhicule de la police, l'incident en entier s'est déroulé dans un parc, à la vue du public. On ne lui avait pas passé les menottes, il n'avait pas été mis en état d'arrestation, il n'avait pas fait l'objet d'une contrainte verbale ou physique et il n'avait passé que cinq ou six minutes dans le fourgon. De plus, les policiers n'avaient, à ce moment-là, aucun solide soupçon qu'il avait participé à une activité criminelle.

On ne devrait pas reconnaître qu'il y a détention déclenchant l'application des droits garantis par l'al. 10b), du seul fait qu'une personne peut se sentir soumise à une contrainte psychologique en présence d'un agent de police. L'exigence que les policiers informent les gens de leurs droits découlant de la *Charte*, dans de telles situations, a des répercussions dramatiques en ce qui concerne l'application de la loi, car cela aurait pour effet d'entraver toute enquête dès le départ en empêchant les autorités de procéder à quelque forme que ce soit d'interrogatoire préliminaire et d'évaluation des faits avant même que ne se pose la question de la culpabilité criminelle.

The balancing between the rights of the individual to be free from unnecessary and unjustified harassment at the hands of state agents and the right of society at large to expect efficient law enforcement is of primordial importance. Given the overly cumbersome and obtrusive position which has developed in Canada, a compromise attending to both competing interests might be found in the doctrine of preliminary investigatory detention short of arrest. Under this doctrine, s. 10(b) rights would be rendered active later in the process—after a period where the police have an opportunity to assess the situation which confronts them, to identify possible witnesses and suspects, and to confirm the initial information they receive. It is misguided to require the police to issue warnings pursuant to s. 10(b) to all the people they meet at the scene of an accident, or after they receive a call and must investigate some kind of a disturbance, on the off-chance that someone with whom they communicate will feel some kind of compulsion and make a self-incriminating statement.

Concerns over the rights of a future accused in the proceedings prior to the laying of a charge are misplaced and should not result in the obliteration of values which are equally important. There is a middle ground where these concerns may co-exist with effective law enforcement. To adopt a position which prevents state agents from attempting to gain any sort of information whatsoever from those persons whom, as a matter of simple common sense, they would routinely be expected to question would be to confuse constitutional vigilance with paranoia. Common sense must not be left at the doorstep when the *Charter* is being interpreted.

Since appellant was not detained within the meaning of s. 10(b) when he made the statements to the police officers, there was no violation of the section and no need to proceed to the stage of deciding whether or not the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. However, even if there were a violation, the statements ought not to have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* since their admission would not bring the administration of justice into disrepute and render the trial unfair.

L'appréciation consistant à sopeser les droits qu'ont les individus de ne pas être soumis par les agents de l'État à un harcèlement qui n'est ni nécessaire ni justifié et le droit de la société en général de s'attendre à une application efficace de la loi est d'une importance primordiale. Vu le caractère excessivement lourd et envahissant du point de vue adopté au Canada, un compromis qui tiendrait compte des deux droits conflictuels pourrait se dégager de la théorie de la détention préliminaire pour fins d'enquête mais sans arrestation. Selon cette théorie, les droits garantis par l'al. 10b) entreraient en jeu plus tard dans le processus, c'est-à-dire après que la police a eu la possibilité d'apprécier la situation à laquelle elle se trouve confrontée, d'identifier d'éventuels témoins et suspects et de confirmer les premiers renseignements reçus. Il est peu judicieux d'exiger que les policiers mettent en garde, conformément à l'al. 10b), toutes les personnes qu'ils rencontrent sur les lieux d'un accident ou qu'ils le fassent après avoir été appelés à faire enquête sur un incident quelconque, au cas où quelqu'un avec qui ils communiquent se sentirait soumis à une sorte de contrainte et ferait une déclaration incriminante.

Les craintes en ce qui concerne le respect des droits d'un futur accusé dans le cadre des procédures préalables au dépôt d'une accusation sont déplacées et ne devraient pas entraîner l'anéantissement de valeurs tout aussi importantes. Il existe un moyen terme qui tient compte à la fois de ces préoccupations et de l'application efficace de la loi. Ce serait confondre vigilance constitutionnelle et paranoïa que d'adopter une position qui empêcherait les agents de l'État de tenter d'obtenir quelque renseignement que ce soit de personnes qu'on s'attendrait tout naturellement, selon le simple bon sens, à voir interrogées par eux. Il ne faut pas abandonner le bon sens en interprétant la *Charte*.

Comme l'appelant n'était pas détenu au sens de l'al. 10b) quand il a fait les déclarations aux agents de police, il n'y a pas eu de violation de cet alinéa et il n'était donc pas nécessaire de passer à l'étape qui consiste à décider si l'admission des éléments de preuve en question serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Toutefois, même s'il y avait eu violation, les déclarations n'auraient pas dû être écartées en vertu du par. 24(2) de la *Charte* puisque leur admission n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et de rendre le procès inéquitable.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

United States of America v. Cotroni, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. viii; *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *R. v. Voss* (1989), 50 C.C.C. (3d) 58; *R. v. Ancelet* (1986), 70 A.R. 263; *R. v. C.(S.)* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252; *R. v. Olivier*, May 30, 1991, Man. Q.B., summarized at 13 W.C.B. (2d) 278; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972); *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979); *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984); *United States v. Serna-Barreto*, 842 F.2d 965 (1988); *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Crimes Act 1958, Victoria, as amended by *Crimes (Custody and Investigation) Act 1988*, No. 37, ss. 464, 464C, 464I.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, Part XXI.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal Code Act 1899, Queensland, 63 Vict. No. 9.

Criminal Code Act, 1924, Tasmania, 14 Geo. V No. 69.

Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act, Tasmania (1976) No. 30.

Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, ss. 24(6), (7), 37, 42, 56, 58.

Police Offences Act Amendment Act, 1985, South Australia, No. 46, ss. 32, 34.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

États-Unis d'Amérique c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. viii; *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *R. v. Voss* (1989), 50 C.C.C. (3d) 58; *R. v. Ancelet* (1986), 70 A.R. 263; *R. v. C.(S.)* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252; *R. v. Olivier*, 30 mai 1991, B.R. Man., résumé à 13 W.C.B. (2d) 278; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972); *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979); *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984); *United States v. Serna-Barreto*, 842 F.2d 965 (1988); *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, partie XXI.

Crimes Act 1958, Victoria, modifiée par la *Crimes (Custody and Investigation) Act 1988*, No. 37, art. 464, 464C, 464I.

Criminal Code Act 1899, Queensland, 63 Vict. No. 9.

Criminal Code Act, 1924, Tasmania, 14 Geo. V No. 69.

Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act, Tasmania (1976) No. 30.

Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 24(6), (7), 37, 42, 56, 58.

Police Offences Act Amendment Act, 1985, South Australia, No. 46, art. 32, 34.

Authors Cited

- Archbold, John Frederick. *Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 43rd ed. Edited by Stephen Mitchell and P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1988. ^a
- Australia. Australian Law Reform Commission. *Criminal Investigation* (Report No. 2). Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975.
- Berger, Mark. "Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations" (1990), 24 *U. Mich. J.L. Ref.* 1. ^b
- Canada. Law Reform Commission. *Arrest* (Report 29). Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1986.
- Coughlan, Steve. "Police Detention for Questioning: A Proposal" (1986), 28 *Crim. L.Q.* 64 and 170. ^c
- de Montigny, Yves. "L'élargissement du concept de «détention», premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?" (1990), 31 *C. de D.* 769.
- Dix, George E. "Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law", [1985] *Duke L.J.* 849. ^d
- Garneau, Grant Smyth. "The Application of Charter Rights to the Interrogation Process" (1986), 35 *U.N.B.L.J.* 35.
- Iller, Martin and George Goodwin. *Criminal Litigation*. London: Butterworths, 1985. ^e
- Mongiardo, Dante P. "The Terry Exception to Miranda" (1983), 10 *Search & Seizure L. Rep.* 165.
- New South Wales Law Reform Commission. *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals*. Sydney: Law Reform Commission, 1987. ^f
- Sack, Emily J. "Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of *People v. De Bour*" (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 512.
- Sallmann, Peter and John Willis. *Criminal Justice in Australia*. Melbourne: Oxford University Press, 1984. ^g
- Scotland. Committee on Criminal Procedure in Scotland. *Criminal Procedure in Scotland* (Second Report). Edinburgh: H.M. Stationery Off., 1975.
- Stuart, Don. "Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Reference and Oakes—Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System" (1987), 12 *Queen's L.J.* 131. ^h
- "Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990" (1991), 79 *Geo. L.J.* 591. ⁱ
- Wiseman, Christine M. "The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test" (1984), 67 *Marq. L. Rev.* 641. ^j

Doctrine citée

- Archbold, John Frederick. *Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, 43rd ed. Edited by Stephen Mitchell and P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1988.
- Australia. Australian Law Reform Commission. *Criminal Investigation* (Report No. 2). Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975.
- Berger, Mark. «Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations» (1990), 24 *U. Mich. J.L. Ref.* 1.
- Canada. Commission de réforme du droit. *L'arrestation* (rapport 29). Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1986.
- Coughlan, Steve. «Police Detention for Questioning: A Proposal» (1986), 28 *Crim. L.Q.* 64 and 170.
- de Montigny, Yves. «L'élargissement du concept de «détention», premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?» (1990), 31 *C. de D.* 769.
- Dix, George E. «Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law», [1985] *Duke L.J.* 849.
- Garneau, Grant Smyth. «The Application of Charter Rights to the Interrogation Process» (1986), 35 *U.N.B.L.J.* 35.
- Iller, Martin and George Goodwin. *Criminal Litigation*. London: Butterworths, 1985.
- Mongiardo, Dante P. «The Terry Exception to Miranda» (1983), 10 *Search & Seizure L. Rep.* 165.
- New South Wales Law Reform Commission. *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals*. Sydney: Law Reform Commission, 1987.
- Sack, Emily J. «Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of *People v. De Bour*» (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 512.
- Sallmann, Peter and John Willis. *Criminal Justice in Australia*. Melbourne: Oxford University Press, 1984.
- Scotland. Committee on Criminal Procedure in Scotland. *Criminal Procedure in Scotland* (Second Report). Edinburgh: H.M. Stationery Off., 1975.
- Stuart, Don. «Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Reference and Oakes—Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System» (1987), 12 *Queen's L.J.* 131.
- «Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990» (1991), 79 *Geo. L.J.* 591.
- Wiseman, Christine M. «The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test» (1984), 67 *Marq. L. Rev.* 641.

Woods, Seumas. "Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovations" (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 153.

Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 70 C.R. (3d) 197, 45 C.R.R. 140, dismissing appellant's appeal from his convictions on two charges of attempted sexual assault by Greig Prov. Ct. J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

William B. Smart, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal involves the appropriate test under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for the admission of a self-incriminating statement obtained following a violation of the accused's s. 10(b) *Charter* rights.

The Facts

The appellant was charged with two counts of attempted sexual assault and two counts of simple assault following an incident on May 22, 1984 in a park in Victoria, British Columbia.

The complainants were five and six years old at the time. Two adult witnesses, D. W. and L. W., lived in a house which was adjacent to the park. They were working in their yard on May 22 at around 5 p.m. when D. W. observed the appellant walking in a crouched position along some bushes at the edge of the park. He was leading a young boy by the hand. When the appellant and the boy disappeared in the bushes, the witness L. W. went closer to attempt to find out what was happening. She saw the appellant

Woods, Seumas. «Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovations» (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 153.

Young, Alan. «All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 70 C.R. (3d) 197, 45 C.R.R. 140, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre des verdicts de culpabilité prononcés contre lui, par le juge Greig de la Cour provinciale siégeant avec jury, relativement à deux accusations de tentative d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

William B. Smart, pour l'appelant.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi vise à déterminer le critère à appliquer, aux fins du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour décider de l'admissibilité d'une déclaration incriminante obtenue de l'accusé par suite d'une violation des droits que lui reconnaît l'al. 10(b) de la *Charte*.

Les faits

Deux accusations de tentative d'agression sexuelle et deux accusations de voies de fait simples ont été portées contre l'appelant à la suite d'un incident survenu le 22 mai 1984 dans un parc à Victoria (Colombie-Britannique).

Les plaignants étaient alors âgés de cinq et de six ans. Deux témoins adultes, D. W. et L. W., habitaient une maison adjacente au parc. Ils travaillaient dans leur cour vers 17 h, le 22 mai, quand D. W. a remarqué l'appelant qui se dirigeait, accroupi, le long de quelques buissons en bordure du parc. Il conduisait un jeune garçon par la main. Lorsque l'appelant et le garçon eurent disparu dans les buissons, le témoin L. W. s'est approchée afin de découvrir ce qui se passait. Elle a vu l'appelant et le garçon assis

and the boy seated together in an unusual position and overheard the appellant say "Let's keep it our secret, it will be our little secret." After the first boy left him in the bushes, a second young boy joined the appellant in the same secluded location. Once again L. W. heard the appellant say "shhh" and "let's keep it our little secret" before the second boy also left the bushes.

By this time, the witness D. W. had telephoned the police. Two officers, Constables Jorgensen and Randhawa, arrived shortly after the second boy had left the bushes. They testified that they entered the park and saw the appellant crouched in the bushes. When the appellant attempted to leave the park by jumping a fence, he was stopped by Constable Randhawa. The officer obtained identification from the appellant, advised him that he was being investigated for possible child molesting, and placed him in the back of the police van which Randhawa and Jorgensen had driven to the park. The officers then questioned both the adult witnesses and the complainants.

About five minutes later, Constable Jorgensen opened the van door. He stood outside while the appellant remained inside the van. They had the following conversation:

Jorgensen: "What would have happened if we had not come along?"

Appellant: "I don't know, I just can't help myself. Sometimes I have these urges, not so much with little boys, but more with little girls."

Jorgensen: "What age are we talking about?"

Appellant: "Oh, five or six year olds. I know I need help, but I just don't know how to get it."

Jorgensen: "We'll try and see if we can get you some help."

At no time prior to this conversation was the appellant informed of his right to retain and instruct counsel. After the conversation with Constable Jorgensen he was driven to the police station. There he was formally charged with vagrancy and advised of his right

ensemble dans une position inhabituelle et a entendu l'appelant dire [TRADUCTION] «Gardons ça secret. Ce sera notre petit secret.» Après que le premier garçon fut parti, laissant l'appelant dans les buissons, un second garçon est venu se joindre à lui au même endroit retiré. À nouveau, L. W. a entendu l'appelant prononcer les mots [TRADUCTION] «Chut!» et «C'est notre petit secret à nous deux» avant que le second garçon ne sorte lui aussi des buissons.

Entre-temps, le témoin D. W. avait téléphoné à la police. Deux policiers, les agents Jorgensen et Randhawa, sont arrivés peu après que le second garçon fut sorti des buissons. Ils ont témoigné avoir vu, en entrant dans le parc, l'appelant accroupi dans les buissons. L'appelant a tenté de quitter le parc en sautant par-dessus une clôture, mais il en a été empêché par l'agent Randhawa. Celui-ci a fait produire à l'appelant une pièce d'identité, lui a appris qu'il faisait l'objet d'une enquête relativement à de possibles agressions sexuelles contre des enfants et l'a fait monter à l'arrière du fourgon cellulaire dans lequel Randhawa et Jorgensen s'étaient rendus au parc. Les policiers ont ensuite interrogé les témoins adultes et les plaignants.

Environ cinq minutes plus tard, l'agent Jorgensen a ouvert la porte du fourgon. Il se tenait à l'extérieur tandis que l'appelant est resté à l'intérieur. Ils ont échangé les propos suivants:

[TRADUCTION] Jorgensen: «Qu'est-ce qui se serait passé si nous n'étions pas arrivés?»

L'appelant: «Je ne sais pas. C'est simplement plus fort que moi. Des fois, l'envie me prend, pas tellement à l'égard de petits garçons, mais plutôt à l'égard de petites filles.»

Jorgensen: «De quel âge?»

L'appelant: «Euh, cinq ou six ans. Je sais que j'ai besoin d'aide, seulement je ne sais pas comment l'obtenir.»

Jorgensen: «Nous allons essayer de vous en procurer.»

À aucun moment antérieurement à cette conversation l'appelant n'a été informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Après sa conversation avec l'agent Jorgensen, il a été conduit au poste de police. Là il a été officiellement accusé de vaga-

to retain and instruct counsel. Later on the charges of assault and attempted sexual assault were added.

At trial, a *voir dire* was held to determine the admissibility of the conversation between the appellant and Constable Jorgensen. Defence counsel sought to have the evidence excluded on the basis that the appellant's right to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay had been infringed while he was detained in the patrol van.

Relevant Charter and Legislative Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

10. Everyone has the right on arrest or detention

. . . .

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

24. . . .

(2) Where . . . a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

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

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

. . . .

(b) may dismiss the appeal where

. . . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the

bondage et informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Les accusations de voies de fait et de tentative d'agression sexuelle ont été portées contre lui par la suite.

Au cours du procès, un voir-dire a été tenu pour déterminer l'admissibilité en preuve de la conversation survenue entre l'appelant et l'agent Jorgensen. L'avocat de la défense a cherché à obtenir l'exclusion de cette preuve pour le motif que l'appelant avait subi, pendant qu'il était détenu dans le fourgon cellulaire, une atteinte au droit d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

Les dispositions pertinentes de la Charte et d'autres lois

Charte canadienne des droits et libertés

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

. . . .

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. . . .

(2) Lorsque [. . .] le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Code Criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

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

. . . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

. . . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis

appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Judgment of the Provincial Court of British Columbia

Décision de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique

Greig Prov. Ct. J. admitted the evidence of the self-incriminating statements. His conclusions following the *voir dire* were as follows:

Le juge Greig de la Cour provinciale a admis en preuve les déclarations incriminantes. À l'issue du voir-dire, il a tiré les conclusions suivantes:

With regard to the argument as to admissibility on the basis that there was an infringement of his rights as guaranteed by the Charter, I agree that there was detention. The defendant was detained. I think on the evidence I would have to agree with the Prosecutor that it was a reasonable detention in the circumstance. It was furthermore, relatively brief, that is, the period during which he was detained and prior to being informed of his right to counsel.

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'argument alléguant l'inadmissibilité pour cause d'atteinte aux droits que lui garantit la Charte, je conviens qu'il y a eu détention. Le défendeur a été détenu. Au vu de la preuve, je crois devoir partager l'avis du poursuivant que cette détention était raisonnable dans les circonstances. Elle a été, en outre, de relativement courte durée, c'est-à-dire la période pendant laquelle il a été détenu et avant qu'il soit informé de son droit de consulter un avocat.

Given all of the circumstances that were dealt with in the evidence that I heard on the voir dire, I am not convinced that it would be appropriate to exclude any part of that evidence given on the voir dire, and I am referring in particular to the statement, on the basis that to admit it would bring the administration of justice into disrepute.

Compte tenu de toutes les circonstances se dégageant de la preuve que j'ai entendue lors du voir-dire, je ne suis pas convaincu qu'il y a lieu d'écarter, pour le motif que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, une partie quelconque de cette preuve produite dans le cadre du voir-dire, et je parle en particulier de la déclaration.

During the trial, neither the appellant nor the complainants testified. The appellant was acquitted on the charges of simple assault but convicted on the two counts of attempted sexual assault. The court then granted an application by the Crown to have the appellant declared a dangerous offender pursuant to Part XXI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and the appellant was given an indeterminate sentence.

Ni l'appelant ni les plaignants n'ont témoigné au cours du procès. L'appelant a été acquitté relativement aux accusations de voies de fait simples, mais a été reconnu coupable des deux infractions de tentative d'agression sexuelle. La cour a ensuite fait droit à une requête du ministère public visant à faire déclarer l'appelant comme étant un délinquant dangereux, conformément à la partie XXI du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et l'appelant s'est vu infliger une peine de durée indéterminée.

Judgment of the Court of Appeal of British Columbia ((1989), 70 C.R. (3d) 197)

Arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1989), 70 C.R. (3d) 197)

The basis of the appeal before the Court of Appeal was the failure of the trial judge to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter* in the face of an alleged violation of the s. 10(b) right to retain and instruct counsel and to be informed of that right.

L'appel interjeté devant la Cour d'appel était fondé sur l'omission du juge du procès d'écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, en raison de l'atteinte qui aurait été portée au droit, garanti par l'al. 10b), d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit.

In writing for the Court, Toy J.A. began by reviewing the trial judge's reasons, and in particular the

En rédigeant les motifs de la cour, le juge Toy a commencé par examiner les motifs du juge du procès

finding that the self-incriminating statement was voluntary and the detention “reasonable”. He noted that the trial judge had provided no “realistic assessment of the evidence” upon which he based his conclusion that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. As well, he correctly emphasised that, although the lower court decision had been rendered before the Supreme Court’s rulings in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the appellant was entitled to the benefit of the interpretation of his *Charter* rights as set out in those cases.

Toy J.A. then turned to the specific submissions of the appellant. First, he considered whether the detention had been a wilful or flagrant violation of s. 10(b). He held that the police officers in the case were unaware of their duties to inform the detainee of his right to counsel under the *Charter*. Toy J.A. noted that this Court’s decision in *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, to the effect that investigative detentions were not detentions requiring persons to be advised of their right to counsel had not been challenged at the time of the arrest. As well, he agreed with the trial judge that the detention had been “reasonable and brief” considering that the police were attempting to question possible witnesses to the sexual assault of two children (at p. 204).

I consider that placing the accused in the patrol wagon was more appropriate than just leaving him standing beside the patrol wagon in full view of the four potential witnesses, which might seriously impair any defence that the accused might have had if identification was in issue at any subsequent trial he might have to face.

He concluded that the police had not acted deliberately or flagrantly in violation of the accused’s s. 10(b) rights.

In his second submission, the appellant argued that the violation was not justified by urgency or necessity, and cited in support *Clarkson v. The Queen*,

et notamment sa conclusion que la déclaration incriminante était volontaire et la détention «raisonnable». Il a noté que le juge du procès n’avait fourni aucune [TRADUCTION] «appréciation réaliste des éléments de preuve» sur lesquels il a fondé sa conclusion que l’utilisation de ces éléments de preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. De même, le juge Toy a eu raison de souligner que, même si la décision de la cour d’instance inférieure avait été rendue antérieurement aux arrêts de la Cour suprême *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, l’appelant était tout de même en droit de bénéficier de l’interprétation donnée dans ces arrêts aux droits que lui reconnaît la *Charte*.

Le juge Toy a passé ensuite aux moyens précis invoqués par l’appelant. Examinant d’abord si la détention constituait une violation volontaire ou flagrante de l’al. 10b), il a jugé que les policiers en question ignoraient l’obligation qui leur incombait d’informer le détenu du droit à l’assistance d’un avocat, que lui garantissait la *Charte*. Le juge Toy a fait remarquer qu’au moment de l’arrestation en l’espèce, on n’avait pas contesté l’arrêt de notre Cour *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, dans lequel on a statué que les détentions aux fins d’enquête ne nécessitent pas que les personnes concernées soient informées de leur droit à l’assistance d’un avocat. De plus, il a partagé l’avis du juge du procès que la détention avait été «raisonnable et de courte durée» eu égard au fait que les policiers essayaient d’interroger d’éventuels témoins de l’agression sexuelle commise contre deux enfants (à la p. 204).

[TRADUCTION] Selon moi, il était préférable de placer le prévenu dans le fourgon cellulaire plutôt que de le laisser se tenir à côté du fourgon devant les quatre témoins éventuels, car cela aurait pu gravement compromettre tout moyen de défense dont le prévenu aurait pu se prévaloir si son identité avait été en cause lors de tout procès qu’il pourrait avoir à subir ultérieurement.

Le juge Toy a conclu que les policiers n’avaient pas commis de violation volontaire ou flagrante des droits dont jouit l’accusé aux termes de l’al. 10b).

Citant à l’appui l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, l’appelant a avancé comme deuxième moyen que la violation n’était justifiée ni

[1986] 1 S.C.R. 383. Toy J.A. distinguished *Clarkson*, saying that the case at bar bore more resemblance to *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, where police officers refused to allow the accused to telephone his lawyer until the police had the premises safely under control. He remarked that in the circumstances the police had to make "some very hasty decisions", and reiterated his conclusion that the detention in the patrol wagon was both reasonable and necessary.

Finally, the appellant claimed that the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In response, Toy J.A. enumerated a series of factors which, in his opinion, were to be considered when deciding whether or not the admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute. The factors were as follows:

1. The nature of the evidence (whether real or self-incriminating);
2. The existence of a *Charter* infringement under s. 10(b);
3. The seriousness of the violation;
4. The wilful or flagrant nature of the violation;
5. Circumstances of urgency or necessity;
6. Whether the evidence would have been obtained in any event;
7. The seriousness of the offence;
8. Whether the evidence is essential to substantiate the charge;
9. The availability of other remedies.

Toy J.A. determined that the consideration of these factors pointed toward the admission of the statement. The nature of the evidence, the existence of a s. 10(b) violation, and the lack of other available rem-

par l'urgence de la situation ni par la nécessité. Le juge Toy a fait une distinction d'avec l'arrêt *Clarkson* en affirmant que la présente affaire s'apparentait davantage à *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, dans laquelle des policiers ont refusé de permettre à l'accusé de téléphoner à son avocat tant qu'ils n'auraient pas la situation bien en main dans les locaux. Il a fait remarquer que les policiers étaient appelés, dans les circonstances, à prendre [TRADUCTION] «des décisions très rapides» et il a réitéré sa conclusion au caractère à la fois raisonnable et nécessaire de la détention dans le fourgon cellulaire.

Enfin, l'appelant a fait valoir que les éléments de preuve en cause auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Toy a répondu en énumérant une série de facteurs à prendre en considération, d'après lui, pour décider si l'utilisation de certains éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il s'agit des facteurs suivants:

1. La nature de la preuve (preuve matérielle ou auto-incriminante);
2. L'existence d'une violation de l'al. 10b) de la *Charte*;
3. La gravité de la violation;
4. Le caractère volontaire ou flagrant de la violation;
5. L'existence d'une situation d'urgence ou de nécessité;
6. Si la preuve aurait été obtenue de toute façon;
7. La gravité de l'infraction;
8. S'il s'agit d'une preuve essentielle pour justifier l'accusation;
9. L'existence d'autres recours.

Le juge Toy a conclu qu'il ressortait de l'examen de ces facteurs qu'il y avait lieu d'admettre la déclaration en preuve. La nature de la preuve, l'existence d'une violation de l'al. 10b) et l'absence d'autres

(2) Circumstances of Urgency or Necessity

Toy J.A. concluded that the detention of the appellant was necessary if not urgent. He stated at pp. 204-5:

The next factor to be considered is the submission of the accused's counsel that there was no urgency or necessity to detain the accused in the fashion they did. Here counsel for the accused relies on the reasoning in *Clarkson*, supra. In my view, the circumstances are substantially different. Here the two police officers were faced with a complaint of possible child molesting that had just taken place, and they were required to make some very hasty decisions. They had four potential witnesses to immediately question, and a suspect under their control. In my view, it would have been unreasonable to expect the police officers to immediately release the suspect and let him go his way and then commence investigating the stories of the four witnesses. The situation these police officers found themselves in was something akin to the situation in *R. v. Strachan*, supra, where the police officers refused to allow the accused to telephone his lawyer until the police had the premises safely under control.

Under the circumstances, it is my view that the police officers did what was not only reasonable but necessary in placing the accused in the patrol wagon for a short period of time to maintain control over the accused until their questioning of the witnesses was concluded and at the same time to remove him from the continued surveillance of four prospective witnesses.

It may have been reasonable and necessary to place the accused in the patrol wagon but the question is whether it was necessary to violate the appellant's *Charter* right in the circumstances.

Once again, the court below mistakenly focussed on the detention rather than on the questioning of the appellant. If circumstances of urgency or necessity are to be a mitigating factor, they must go to the need to obtain information right away prior to advising the suspect of his or her rights to retain and instruct counsel, rather than the need to restrict a suspect's movements by detention or arrest. As this Court concluded in *Clarkson*, supra, and more recently in

(2) La situation d'urgence ou de nécessité

Le juge Toy de la Cour d'appel a conclu que la détention de l'appelant était nécessaire, voire même urgente. Il dit en effet, aux pp. 204 et 205:

[TRADUCTION] Il faut ensuite prendre en considération l'argument de l'avocat de l'accusé selon lequel il n'y avait pas de situation d'urgence ou de nécessité qui justifiait que l'accusé soit soumis à ce genre de détention. L'avocat de l'accusé se fonde là sur le raisonnement suivi dans l'arrêt *Clarkson*, précité. À mon avis, les circonstances sont sensiblement différentes. En l'espèce, les deux policiers se trouvaient en présence d'une plainte selon laquelle une agression sexuelle venait peut-être d'avoir été commise contre des enfants et ils étaient obligés de prendre des décisions très rapides. Ils avaient quatre témoins éventuels à interroger immédiatement et un suspect sous leur garde. Il eût été déraisonnable, selon moi, de s'attendre à ce que les policiers laissent partir le suspect en le remettant tout de suite en liberté et qu'ils commencent alors à recueillir les récits des quatre témoins. Les policiers en l'espèce se sont trouvés dans une situation à peu près analogue à celle qui se présentait dans l'affaire *R. c. Strachan*, précitée, où les policiers ont refusé de permettre à l'accusé de téléphoner à son avocat tant qu'ils n'avaient pas la situation bien en main dans les locaux.

Je crois que, dans les circonstances, les policiers ont fait ce qui était non seulement raisonnable mais nécessaire en mettant le prévenu dans le fourgon cellulaire pendant une courte période afin qu'il reste sous leur garde jusqu'à la fin de l'interrogatoire des témoins et, en même temps, afin de le soustraire à l'observation soutenue de quatre témoins éventuels.

Il se peut en effet qu'il ait été raisonnable et nécessaire de placer l'accusé dans le fourgon cellulaire, mais la question est de savoir s'il était nécessaire, dans les circonstances, de violer le droit garanti à l'appelant par la *Charte*.

Je le répète, la Cour d'appel s'est concentrée à tort sur la détention plutôt que sur l'interrogatoire de l'appelant. Pour que l'urgence de la situation ou la nécessité constituent des facteurs atténuants, elles doivent procéder de la nécessité d'obtenir des renseignements sans délai, avant d'informer le suspect de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, plutôt que de la nécessité de recourir à la détention ou à l'arrestation pour limiter les déplacements du suspect.

Black, supra, the urgency of detention should not be used as an excuse to violate the right to counsel if there is no need to question the accused immediately.

In this case, there was no urgency or necessity that would have prevented compliance with s. 10(b). At trial, police officers Jorgensen and Randhawa testified that they were unsure whether they would charge the appellant with any offence until after they obtained the incriminating statement. This seems odd in light of the fact that by that time they had interviewed both the adult witnesses and the complainants, and they had informed the appellant that they were investigating a possible child molesting. But even if the police genuinely had not decided whether to arrest the appellant when he was questioned, this circumstance of uncertainty falls short of urgency or necessity. The Crown did not produce any explanation or evidence to show why the police could not have waited to question the accused.

(3) The Wilful or Flagrant Nature of the Violation

The Court of Appeal considered that the police had acted in good faith. Toy J.A. noted that the arrest of the appellant took place before this Court had elaborated the concept of detention under s. 10(b) of the *Charter*. He determined that nothing on the record showed that the police were aware of an obligation to advise the appellant of his right to counsel.

However, the Crown tendered no evidence to show that Constables Jorgensen and Randhawa were ignorant of their responsibilities under s. 10(b) or that they had determined in their own minds that this was merely an "investigative" detention. It should be remembered that not only did the officers fail to advise the appellant of his right to counsel, but they also failed to give him the common law caution regarding the right to remain silent.

Comme l'a conclu notre Cour dans l'arrêt *Clarkson*, précité, et plus récemment, dans l'arrêt *Black*, précité, l'urgence de la détention ne devrait pas servir de prétexte pour violer le droit à l'assistance d'un avocat dans un cas où il n'est nullement nécessaire d'interroger le prévenu immédiatement.

En l'espèce, il n'existait aucune situation d'urgence ni aucune nécessité qui aurait empêché que l'on se conforme à l'al. 10b). Au procès, les agents Jorgensen et Randhawa ont témoigné que, jusqu'à ce qu'ils obtiennent la déclaration incriminante, ils n'étaient pas sûrs de porter une accusation quelconque contre l'appellant. Cela paraît étrange compte tenu du fait qu'ils avaient alors déjà interrogé les deux témoins adultes et les plaignants et qu'ils avaient dit à l'appellant qu'ils enquêtaient sur un cas possible d'agression sexuelle contre des enfants. Mais même si, au moment de l'interroger, les policiers n'avaient vraiment pas décidé d'arrêter l'appellant, cette indécision ne constitue pas une situation d'urgence ou de nécessité. Le ministère public n'a présenté aucune explication ni aucun élément de preuve démontrant pourquoi les policiers n'auraient pas pu attendre pour interroger l'accusé.

(3) Le caractère volontaire ou flagrant de la violation

D'après la Cour d'appel, les policiers ont agi de bonne foi. Le juge Toy a fait remarquer que l'arrestation de l'appellant était intervenue avant que notre Cour étudie dans tous ses détails la notion de détention au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Il a décidé que rien dans le dossier ne démontrait que les policiers étaient conscients qu'il leur incombait d'informer l'appellant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

Le ministère public n'a toutefois produit aucun élément de preuve établissant que les agents Jorgensen et Randhawa ignoraient les responsabilités que leur imposait l'al. 10b) ou qu'ils avaient décidé dans leur esprit qu'il s'agissait simplement d'une détention «aux fins d'enquête». On doit se rappeler que les policiers ont omis non seulement d'informer l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat, mais aussi de lui faire la mise en garde de common law concernant son droit de garder le silence.

of factors are those relating to the fairness of the trial. The second group relates to the seriousness of the *Charter* violations as shown by the conduct of the law enforcement authorities. The third group of factors deals with the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence even though it was obtained in violation of the *Charter*. Subsequent decisions of this Court have applied the approach of Lamer J.; see *R. v. Strachan, supra, R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151.

I now return to the appellant's s. 24(2) submissions.

(1) The Seriousness of the Charter Violation

In the Court of Appeal, Toy J.A. wrote that "nothing of consequence flowed from the fact that the accused was being detained in the patrol wagon for a short period of time" (p. 206). On this basis he concluded that the violation of the appellant's rights was not serious. With respect, I disagree.

As mentioned, this Court in *Collins, supra*, discussed the seriousness of a violation as shown by the conduct of the law enforcement authorities as the second of three groups of factors to be used in determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Lamer J. said this at p. 285:

There are other factors which are relevant to the seriousness of the *Charter* violation and thus to the disrepute that will result from judicial acceptance of evidence obtained through that violation. As Le Dain J. wrote in *Therens, supra*, at p. 652:

The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant. Another relevant consideration is whether the action which constituted the constitu-

diviser en trois groupes selon leur effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Le premier groupe englobe les facteurs liés à l'équité du procès. Le deuxième groupe touche la gravité des violations de la *Charte*, qui ressort de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième groupe de facteurs concerne la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion des éléments de preuve même s'ils ont été obtenus d'une manière contraire à la *Charte*. L'approche du juge Lamer a été appliquée dans des arrêts subséquents de notre Cour; voir *R. c. Strachan*, précité, *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

Revenons maintenant aux arguments de l'appellant fondés sur le par. 24(2).

(1) La gravité de la violation de la Charte

En Cour d'appel, le juge Toy a écrit que [TRADUCTION] «le fait que l'accusé a été détenu dans le fourgon cellulaire pendant une courte période ne tirait pas à conséquence» (p. 206). Sur ce fondement, il a conclu que la violation des droits de l'appellant n'avait rien de grave. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Comme je l'ai déjà mentionné, notre Cour, dans l'arrêt *Collins*, précité, considère la gravité d'une violation, qui ressort de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi, comme le deuxième de trois groupes de facteurs à retenir pour déterminer s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Lamer affirme, à la p. 285:

D'autres facteurs touchent à la gravité de la violation de la *Charte* et donc à la déconsidération qu'entraînera l'acceptation par les juges d'éléments de preuve obtenus de cette façon. Comme le juge Le Dain l'a écrit dans l'arrêt *Therens*, précité, à la p. 652:

La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante. Un autre facteur pertinent consiste à déterminer si cette violation a

tional violation was motivated by urgency or necessity to prevent the loss or destruction of the evidence.

I should add that the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious. We are considering the actual conduct of the authorities and the evidence must not be admitted on the basis that they could have proceeded otherwise and obtained the evidence properly. In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence.

The measure of seriousness, then, is a function of the deliberate or non-deliberate nature of the violation by the authorities, circumstances of urgency and necessity, and other aggravating or mitigating factors.

In my view, the error by the Court of Appeal was its focus on the length of the detention. It is the fact that the police obtained evidence from a detained person prior to fulfilling their responsibilities under s. 10(b) which is important, not the relatively short period of time during which the appellant was detained. The violation of s. 10(b) arose when Constable Jorgensen began to question the appellant without advising him that he could retain a lawyer. The appellant was not even told that he had the right to remain silent and that anything he might say could be used against him.

In this light, it is clear that the violation of the appellant's rights was serious. The appellant was denied access to counsel or even the opportunity to take refuge in silence at the very moment when he could have most benefited from the exercise of these rights. The police obtained a statement which the Court of Appeal acknowledged contributed "substantially" to his conviction. Finally, the self-incriminating evidence was used to provide a nexus to similar fact evidence regarding the appellant's previous conviction for child molesting. The similar fact evidence was the basis of the appellant's indeterminate sentence as a dangerous offender.

été motivée par l'urgence de la situation ou par la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve.

Je dois ajouter que l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte*. Nous examinons la conduite réelle des autorités et les éléments de preuve ne doivent pas être admis pour le motif que les autorités auraient pu procéder autrement et ainsi obtenir la preuve de façon régulière. D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve.

La gravité tient donc au caractère délibéré ou non de la violation commise par les autorités, à l'existence d'une situation d'urgence et de nécessité, ainsi qu'à la présence d'autres facteurs aggravants ou atténuants.

À mon avis, la Cour d'appel a eu tort de s'arrêter à la durée de la détention. Ce qui importe c'est que les policiers ont obtenu des éléments de preuve d'un détenu avant de s'acquitter des obligations que leur impose l'al. 10(b), et non pas la durée relativement courte de la détention de l'appellant. Il y a eu violation de l'al. 10(b) dès que l'agent Jorgensen s'est mis à interroger l'appellant sans l'informer qu'il pouvait avoir recours à l'assistance d'un avocat. On ne lui a même pas dit qu'il avait le droit de garder le silence et que tout ce qu'il pourrait dire pourrait servir de preuve contre lui.

Dans cette optique, il est clair que la violation des droits de l'appellant était grave. Ce dernier s'est vu refuser la possibilité de consulter un avocat ou même de garder le silence au moment même où l'exercice de ces droits lui aurait profité le plus. La police a obtenu une déclaration qui, la Cour d'appel l'a reconnu, a «largement» contribué au verdict de culpabilité rendu contre l'appellant. Finalement, la preuve auto-incriminante a été utilisée pour former un lien avec une preuve de faits similaires relativement à la condamnation antérieure de l'appellant pour agression sexuelle contre des enfants. C'est sur la preuve de faits similaires qu'a été fondée la peine de durée indéterminée prononcée contre l'appellant en tant que délinquant dangereux.

versation took place between Constable Jorgensen and the accused, the accused was in fact detained.

Toy J.A. later found (at p. 204):

As the trial judge concluded, I too find that the detention was reasonable and brief. [Emphasis added.]

In proceedings before this Court, the Crown continued to acknowledge its concession although it did try to characterize the detention in the most favourable light. With that background and specific findings of the lower courts that there was a detention as conceded by the Crown, the sole issues before us are the application of s. 24(2) of the *Charter* and the Crown's alternative argument justifying the conviction which involves s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

To those issues, I shall now turn.

Analysis

A. Section 24(2) of the *Charter*

Before this Court, the appellant has attacked four of the nine factors considered by the Court of Appeal in its formulation and application of the s. 24(2) test for the admission of evidence obtained in violation of s. 10(b) of the *Charter*. The attacked factors are (1) the seriousness of the *Charter* violation, (2) the circumstances of urgency or necessity, (3) the wilful or flagrant nature of the violation, and (4) the evidence would have been obtained in any event.

To put the specific submissions of the appellant in their proper context, I think it important to recall the approach taken by Lamer J. (as he then was) in *R. v. Collins*, *supra*, with respect to s. 24(2) of the *Charter*. Lamer J. reviewed the factors to be considered in determining whether the admission of evidence in proceedings would bring the administration of justice into disrepute. In his view, these factors could be divided into three groups based on their effect on the repute of the administration of justice. The first group

qu'au moment de la conversation entre l'agent Jorgensen et l'accusé, ce dernier était, en fait, détenu.

Plus loin, le juge Toy arrive à la conclusion suivante (à la p. 204):

[TRADUCTION] Tout comme le juge du procès, je conclus moi aussi qu'il s'agissait d'une détention raisonnable et de courte durée. [Je souligne.]

Pendant les débats devant notre Cour, le ministère public a continué à concéder ce point, bien qu'il ait tenté de présenter la détention sous le jour le plus favorable. Dans ce contexte et compte tenu des conclusions précises des tribunaux d'instance inférieure qu'il y a eu détention, ce que reconnaît d'ailleurs le ministère public, les seules questions dont nous sommes saisis sont celle de l'application du par. 24(2) de la *Charte* et celle soulevée par l'argument subsidiaire, fondé sur le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, qu'invoque le ministère public pour justifier la déclaration de culpabilité.

Ce sont ces questions que je vais maintenant aborder.

Analyse

A. Le paragraphe 24(2) de la *Charte*

Devant notre Cour, l'appellant a attaqué quatre des neuf facteurs pris en considération par la Cour d'appel dans sa formulation et son application du critère que pose le par. 24(2) pour l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation de l'al. 10(b) de la *Charte*. Les facteurs contestés sont (1) la gravité de la violation de la *Charte*, (2) l'existence d'une situation d'urgence ou de nécessité, (3) le caractère volontaire ou flagrant de la violation et (4) le fait que la preuve aurait été obtenue de toute façon.

Pour situer dans leur véritable contexte les arguments précis qu'a invoqués l'appellant, je crois qu'il importe de se rappeler l'approche adoptée par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, relativement au par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Lamer a passé en revue les facteurs à prendre en considération pour déterminer si l'utilisation de certains éléments de preuve, dans une instance, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. À son avis, ces facteurs peuvent se

edies argued for exclusion. As well, he noted that the evidence obtained as a result of the violation “substantially contributed to the findings of guilt in this case”. However, he repeated that the police had acted in good faith. And, while the situation may not have been urgent, “in my view, it was necessary to locate the accused in the patrol wagon while the brief interviewing process took place”. Toy J.A. added that the offence was serious not only for the accused but also for society. Finally, he asked (at p. 206):

Would the evidence have been obtained in any event? Probably, as if he [the accused] had been informed of his right to counsel when he was asked to sit in the patrol wagon, he would still have responded to Constable Jorgensen in the way that he did.

Taking the authorities and all of these factors into consideration, Toy J.A. concluded that the appeal from the trial judge’s decision to admit the evidence should be dismissed.

Issues

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Justice L’Heureux-Dubé, who deals extensively with the question of whether there was a detention that could give rise to a *Charter* violation. As I do not intend to discuss this question, a few remarks are in order.

In my view, the question of detention is not before us. This appeal was argued by the parties on the basis of a violation of s. 10(b) of the *Charter* which was conceded by the Crown. In his judgment on the *voir dire* at trial, as I mentioned above, Greig Prov. Ct. J. concluded there was a detention and *Charter* violation. This was accepted by the Court of Appeal. In that respect, Toy J.A. stated (at p. 202):

Counsel for the Crown conceded that the trial judge had correctly concluded that at the time when the con-

recours possibles militaient en faveur de son exclusion. De plus, il a constaté que la preuve obtenue par suite de la violation [TRADUCTION] «a largement contribué aux verdicts de culpabilité rendus en l’espèce». Toutefois, a-t-il répété, les policiers avaient agi de bonne foi et, même s’il ne s’agissait peut-être pas d’une situation d’urgence, selon lui [TRADUCTION] «il était nécessaire de mettre l’accusé dans le fourgon cellulaire pendant la courte durée des entretiens». Le juge Toy a ajouté qu’il s’agissait d’une infraction grave, non seulement pour l’accusé, mais aussi pour la société. Il a fini par poser la question suivante (à la p. 206):

[TRADUCTION] La preuve aurait-elle été obtenue de toute façon? Probablement, car s’il [l’accusé] avait été informé de son droit à l’assistance d’un avocat au moment où on lui a demandé de prendre place dans le fourgon cellulaire, il aurait encore répondu de la même façon à l’agent Jorgensen.

Tenant compte de la jurisprudence et de tous ces facteurs, le juge Toy a conclu qu’il y avait lieu de rejeter l’appel contre la décision du juge du procès d’utiliser les éléments de preuve en cause.

Les questions en litige

J’ai eu l’avantage de prendre connaissance des motifs de ma collègue le juge L’Heureux-Dubé, qui y a fait une étude approfondie de la question de savoir s’il y a eu détention susceptible d’entraîner une violation de la *Charte*. Comme je ne me propose pas d’aborder cette question, quelques observations s’imposent.

À mon avis, nous ne sommes pas saisis de la question de la détention. Le ministère public reconnaît qu’il y a eu violation de l’al. 10b) de la *Charte* et c’est en fonction de cette violation que les parties ont débattu le présent pourvoi. Dans sa décision sur le *voir-dire* tenu au procès, le juge Greig a conclu, comme je l’ai déjà mentionné, qu’il y avait eu détention et violation de la *Charte*. Cette conclusion a été retenue par la Cour d’appel. Le juge Toy dit en effet à ce propos (à la p. 202):

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général a convenu que le juge du procès avait conclu avec raison

Even if the good faith of the police officers were definitively established, it should not have been considered by the Court of Appeal as a mitigating factor in the violation of the appellant's rights. Sopinka J. made the following comments in another s. 10(b) case, *Hebert, supra*, at pp. 207-8:

As Lamer J. pointed out in *Collins*, any impingement on trial fairness strikes at the heart of the reputation of the administration of justice. But the Crown has submitted in the present case that the good faith of the police officers who arranged for the deception of the appellant . . . is a significant factor in favour of receiving the evidence. For myself, I fail to see how the good faith or otherwise of the investigating officers can cure, so to speak, an unfair trial. . . . It seems odd indeed to assert that evidence the admission of which would render a trial unfair ought to be admitted because the police officer thought he was doing his job. From the accused's perspective (whose trial is *ex hypothesi* proceeding unfairly), it makes little difference that the police officer has a clean conscience in the execution of his duty.

In other words, the bad faith of the police may strengthen the case for exclusion because, as Lamer J. points out in *Collins, supra*, it may tend to show a "blatant disregard for the *Charter*". However, the good faith of police will not strengthen the case for admission to cure an unfair trial. The fact that the police thought they were acting reasonably is cold comfort to an accused if their actions result in a violation of his or her right to fair criminal process.

(4) The Evidence Would Have Been Obtained in Any Event

The Court of Appeal concluded that the admission of the statement would not greatly prejudice the appellant because self-incriminating evidence probably would have been obtained from him even if the police had complied with s. 10(b) of the *Charter*.

In *Black, supra*, Wilson J. said the following at pp. 153-54:

The Crown argued that, despite the change in the charge, the preliminary legal advice which the appellant

Même à supposer que la bonne foi des policiers ait été établie de façon concluante, la Cour d'appel n'aurait pas dû la considérer comme un facteur atténuant la violation des droits de l'appelant. Dans l'affaire *Hebert, précitée*, qui porte elle aussi sur l'al. 10b), le juge Sopinka fait les observations suivantes, aux pp. 207 et 208:

Comme le juge Lamer l'a souligné dans l'arrêt *Collins*, toute entorse à l'équité du procès porte atteinte au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice. Mais le ministère public a soutenu en l'espèce que la bonne foi des policiers qui ont dupé l'appelant [. . .] est un facteur important en faveur de l'utilisation de la preuve. Quant à moi, je ne vois pas comment la bonne foi des policiers enquêteurs peut, disons, remédier à un procès inéquitable [. . .] Il semble d'ailleurs étrange d'affirmer que la preuve dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable devrait être admise parce que le policier croyait faire son travail. Du point de vue de l'accusé (dont le procès se déroule par hypothèse de façon inéquitable), cela ne change rien que l'agent de police ait la conscience en paix dans l'exécution de ses fonctions.

En d'autres termes, la mauvaise foi de la police peut militer en faveur de l'exclusion parce que, comme l'indique le juge Lamer dans l'arrêt *Collins, précité*, elle peut tendre à démontrer un «mépris flagrant de la *Charte*». La bonne foi de la police ne militera cependant pas en faveur de l'utilisation de la preuve obtenue pour remédier à un procès inéquitable. Le fait que les policiers croyaient agir raisonnablement n'a guère de quoi consoler un accusé si, par suite de leurs actes, il subit une atteinte à son droit à l'équité du processus criminel.

(4) La preuve aurait été obtenue de toute façon

La Cour d'appel a conclu que l'utilisation de la déclaration ne s'avérerait pas très préjudiciable à l'appelant parce qu'il aurait probablement fourni des éléments de preuve incriminants même si les policiers s'étaient conformés à l'al. 10b) de la *Charte*.

Dans l'affaire *Black, précitée*, le juge Wilson affirme, aux pp. 153 et 154:

La poursuite soutient que, malgré le changement apporté à l'accusation, l'avis juridique préalable que

received might well have been unchanged. This may be so. On the other hand, given the differences in the charges as discussed above, to conclude that the advice would inevitably have been the same is sheer conjecture. In my opinion, it is improper for a court to speculate about the type of legal advice which would have been given had the accused actually succeeded in contacting counsel after the charge was changed. . . . Such reasoning runs directly afoul of this Court's judgments in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *Trask v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 655. It also totally defeats the purpose of s. 10(b). [Emphasis in original.]

This reasoning applies equally well to the Court of Appeal's speculation that self-incriminating evidence would have been obtained in any event. No one can speculate what the appellant might have said or done at the time of his detention had he been advised of his right to counsel or even of his right to remain silent. To base admission on the ground that he might have confessed completely undermines the enshrinement of the right to counsel in the *Charter*.

Conclusions

The nature of the crime, the involvement of young children, and the appellant's record make this a serious and difficult case. It is clear that the appellant's s. 10(b) rights were violated. However, the courts below were correct in concluding that the police had to make some very hasty decisions. It also appears from the evidence that the inculpatory statement made by the appellant was not the result of harsh interrogation, but rather the somewhat unexpected reply to a simple question. After the appellant made the admission, the police made no attempt to elicit further information from him before he was taken to the station and formally charged.

However, the Court of Appeal used the wrong criteria for admission of the evidence in this case, and misapplied them. More fundamentally, it misunderstood the nature of the test under s. 24(2) of the

l'appelante a reçu aurait bien pu ne pas changer. Il est possible que ce soit vrai. D'autre part, à cause des différences qui existent entre les accusations et dont j'ai déjà fait état, conclure que l'avis juridique aurait forcément été le même relève de la plus pure conjecture. À mon avis, il ne convient pas qu'une cour de justice se demande quel genre d'avis juridique aurait été donné si l'accusée avait réussi à communiquer avec son avocat après le changement de l'accusation [. . .] Ce raisonnement va directement à l'encontre des arrêts de cette Cour R. c. *Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et *Trask c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655. De plus, il contrecarre totalement l'objet de l'al. 10b). [Souligné dans l'original.]

Ce raisonnement s'applique tout aussi bien à l'hypothèse formulée par la Cour d'appel, selon laquelle une preuve auto-incriminante aurait été obtenue de toute façon. Nul ne peut conjecturer sur ce que l'appelant aurait pu dire ou faire au moment de sa détention s'il avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat ou même de son droit de garder le silence. Motiver l'utilisation des éléments de preuve par le fait qu'il aurait pu faire un aveu, c'est miner complètement le droit à l'assistance d'un avocat, consacré dans la *Charte*.

Conclusions

La nature du crime, le fait qu'il soit question d'enfants en bas âge ainsi que le casier judiciaire de l'appelant aggravent et compliquent la présente affaire. Il est clair qu'il y a eu violation des droits conférés à l'appelant par l'al. 10b). C'est avec raison toutefois que les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que les policiers avaient à prendre des décisions très rapides. En outre, il ressort de la preuve que la déclaration incriminante n'a pas été arrachée à l'appelant au moyen d'un interrogatoire rigoureux, mais qu'elle constituait la réponse, plutôt inattendue, à une question simple. Après que l'appelant eut fait son aveu, les policiers n'ont pas tenté d'obtenir de lui d'autres renseignements avant de l'emmener au poste de police pour l'inculper officiellement.

Il reste cependant que la Cour d'appel s'est servie, en l'espèce, des mauvais critères pour décider de l'admissibilité des éléments de preuve en cause et qu'elle a mal appliqué ces critères. De façon plus fondamentale, elle a mal saisi la nature du critère à utiliser aux fins du par. 24(2) de la *Charte*. Comme

Charter. As Sopinka J. wrote in *Hebert, supra*, at pp. 207-8:

This Court's cases on s. 24(2) point clearly, in my opinion, to the conclusion that where impugned evidence falls afoul of the first set of factors set out by Lamer J. in *Collins* (trial fairness), the admissibility of such evidence cannot be saved by resort to the second set of factors (the seriousness of the violation). These two sets of factors are alternative grounds for the exclusion of evidence, and not alternative grounds for the admission of evidence. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal's balancing of all the various factors arguing for admission or exclusion is contrary to the approach to s. 24(2) suggested by this Court in *Collins* and subsequent cases. A violation of rights which jeopardizes the fairness of the trial cannot be "saved" by mitigating factors (such as the good faith of the police). It can, however, be worsened by aggravating factors (such as a lack of urgency or necessity).

It is well established that the test for the admissibility of self-incriminating evidence under s. 24(2) is more stringent than the test for real evidence. This is so because the former is directly related to the *Charter* violation and its admission would dramatically affect the presumption of innocence of the accused and also affect his or her right not to testify. A series of decisions by this Court, beginning notably with *Collins*, makes it clear that the exclusion of inculpatory statements obtained in violation of s. 10(b) should be the rule rather than the exception. McLachlin J. most recently wrote in *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 896:

Generally speaking, the use of an incriminating statement, obtained from an accused in violation of his rights, results in unfairness because it infringes his privilege against self-incrimination and does so in a most prejudicial way—by supplying evidence which would not be otherwise available . . .

l'écrit le juge Sopinka dans l'affaire *Hebert*, précitée, aux pp. 207 et 208:

À mon avis, la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(2) permet de conclure clairement que lorsque la preuve contestée se heurte à la première série de facteurs énoncés par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), l'admissibilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième série de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux séries de facteurs sont des moyens facultatifs d'écarter la preuve et non des moyens facultatifs d'admettre la preuve. [Souligné dans l'original.]

Le fait que la Cour d'appel ait soupesé chacun des différents facteurs militant en faveur de l'admission ou de l'exclusion va à l'encontre de la façon d'aborder le par. 24(2) que propose notre Cour dans l'arrêt *Collins* et dans des arrêts subséquents. La violation de droits qui compromet l'équité du procès ne saurait «être sauvegardée» par l'existence de facteurs atténuants (comme la bonne foi des policiers). La violation peut, par contre, être empirée par des facteurs aggravants (tels que l'absence de situation d'urgence ou de nécessité).

Il est bien établi que le critère applicable pour déterminer, aux fins du par. 24(2), l'admissibilité d'une preuve auto-incriminante est plus strict que celui qui s'applique à la preuve matérielle. Cela s'explique par le fait qu'il existe un lien direct entre le premier genre de preuve et la violation de la *Charte* et que son admission aurait un effet dramatique sur la présomption d'innocence de l'accusé ainsi qu'une incidence sur son droit de ne pas témoigner. À commencer notamment par l'arrêt *Collins*, une série d'arrêts de notre Cour établissent clairement que l'exclusion de déclarations incriminantes obtenues en violation de l'al. 10(b) devrait être la règle plutôt que l'exception. Le juge McLachlin écrivait tout récemment dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 896:

D'une manière générale, l'utilisation d'une déclaration incriminante obtenue d'un accusé en violation de ses droits entraîne une injustice parce qu'elle viole son droit de ne pas témoigner contre lui-même et qu'elle le fait de la façon la plus préjudiciable qui soit, c'est-à-dire en fournissant une preuve qui autrement n'aurait pas existé . . .

In this case, the Court of Appeal listed the self-incriminating nature of the evidence obtained in violation of s. 10(b) as just one factor among many to be considered in admission. A proper approach would have been premised on the principle that, as a general rule, such evidence is not admissible because it would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute.

B. Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code

In its oral argument before this Court, the Crown urged that, even though the Court of Appeal used the wrong test, it achieved the right result. Counsel argued that all the other evidence in the case, such as the eye-witness testimony, the attempted flight of the appellant from the park, and the similar fact evidence adduced at trial, produced an "irresistible inference" of the appellant's guilt. Even in the absence of the admission of the self-incriminating statement, the appellant would have been convicted. As a result, the appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* on the grounds that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. I do not agree.

I find the Crown's resort to the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) somewhat disturbing in a case of this kind. If the evidence in question should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because its admission would put the administration of justice into disrepute, then generally its admission was such as to amount to a substantial wrong or miscarriage of justice thereby putting matters beyond the reach of s. 686(1)(b)(iii), which is available to cure errors of law where no substantial wrong or miscarriage of justice results. Consequently, s. 686(1)(b)(iii) is not available in this case. This is not to say that there may not be other circumstances where the curative provision could apply notwithstanding that evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

En l'espèce, la Cour d'appel a mentionné la nature incriminante de la preuve obtenue en violation de l'al. 10b) comme ne représentant qu'un facteur parmi tant d'autres à prendre en considération pour décider de son admissibilité. Or, il aurait fallu plutôt partir du principe selon lequel, en règle générale, une telle preuve est inadmissible du fait qu'elle nuirait à l'équité du procès et qu'elle déconsidérerait l'administration de la justice.

B. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du Code criminel

Dans son argumentation orale devant notre Cour, le ministère public a fait valoir que, même si elle a appliqué le mauvais critère, la Cour d'appel est quand même arrivée au bon résultat. Le substitut du procureur général a fait valoir en effet que tous les autres éléments de preuve produits en l'espèce, notamment les dépositions des témoins oculaires, la tentative de l'appelant de s'enfuir du parc et la preuve de faits similaires présentée au procès, font naître une [TRADUCTION] «présomption irrésistible» de culpabilité de l'appelant. L'appelant aurait été reconnu coupable même si la déclaration incriminante n'avait pas été admise en preuve. Par conséquent, le pourvoi devrait être rejeté en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits. Je ne souscris pas à ce point de vue.

Je trouve quelque peu inquiétant, dans une affaire du genre de celle qui nous occupe, que le ministère public ait recours à la disposition réparatrice qu'est le sous-al. 686(1)(b)(iii). Si la preuve en cause avait dû être écartée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que son utilisation aurait été susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, alors, en règle générale, cette utilisation constituerait un tort important ou une erreur judiciaire grave, ce qui entraînerait l'inapplicabilité du sous-al. 686(1)(b)(iii) qui est destiné à réparer les erreurs de droit dans les cas où il ne s'est produit aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Par conséquent, le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s'applique pas en l'espèce. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut y avoir d'autres circonstances où la disposition réparatrice pourrait s'appliquer malgré le fait que des éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

This argument also comes dangerously close to the reasoning of the Court of Appeal when it concluded that self-incriminating evidence probably would have been obtained in the absence of the s. 10(b) violation. Such speculation is unwarranted, and defeats the purpose of enshrined *Charter* rights. In any event, had evidence of the self-incriminating statement been excluded, it is entirely possible that the defence strategy would have been different. For example, the appellant might have testified. Moreover, it is arguable that the similar fact evidence of the appellant's previous conviction would not have been admitted had the impugned statement been excluded. It can therefore hardly be said that, as submitted by the Crown, the verdict would necessarily have been the same without that evidence.

In short, I reject the Crown's arguments based on s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

Disposition

For all these reasons, I would allow the appeal and order a new trial on the two counts of attempted sexual assault.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the opportunity to read the opinion of my colleague, Justice Iacobucci. With great deference I must disagree with him, not only with respect to the result he reaches but also with respect to the identification of the central issue in this case.

The following questions were put to us in this appeal:

1. Whether the Court of Appeal erred in their interpretation and application of a number of the factors relevant to the application of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
2. Whether the Court of Appeal erred in speculating that, if the police had not violated the appellant's rights under s. 10(b) and had advised him of his

De plus, cet argument se rapproche dangereusement du raisonnement suivi par la Cour d'appel quand elle a conclu qu'une preuve auto-incriminante aurait probablement été obtenue en l'absence de la violation de l'al. 10b). C'est là de la conjecture injustifiée qui, en outre, contrecarre l'objet de droits consacrés dans la *Charte*. De toute façon, si la déclaration incriminante avait été écartée comme élément de preuve, il est tout à fait possible que la défense aurait adopté une stratégie différente. Par exemple, l'appellant aurait peut-être témoigné. On peut aussi soutenir que la preuve de faits similaires relativement à la condamnation antérieure de l'appellant n'aurait pas été admise si la déclaration contestée avait été écartée. Par conséquent, on ne saurait guère prétendre, comme l'a fait le ministère public, que le verdict aurait nécessairement été le même en l'absence de cet élément de preuve.

Bref, je rejette les arguments du ministère public fondés sur le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*.

Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement aux deux accusations de tentative d'agression sexuelle.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci, et je dois, avec égards, inscrire ma dissidence non seulement en ce qui concerne le résultat auquel il en arrive mais aussi quant à la véritable question au cœur de ce litige.

Les questions suivantes nous ont été adressées dans le cadre du présent pourvoi:

1. La Cour d'appel a-t-elle erré dans son interprétation et dans son application d'un certain nombre de facteurs pertinents à l'application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. La Cour d'appel a-t-elle erré en supposant que, si la police n'avait pas violé les droits dont jouit l'appellant aux termes de l'al. 10b) et si elle

right to retain and instruct counsel, he probably would still have provided the incriminating statement.

Unlike my colleague, however, I believe that the underlying and primary issue, indeed the only issue, concerns the point at which someone is “detained” for the purposes of the s. 10(b) *Charter* guarantee which I reproduce for the sake of convenience:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

In other words, I see the crux of this case as the prior question of whether there was, in fact, a violation of the appellant’s s. 10(b) rights. For the reasons which follow, I conclude that no such violation occurred.

At the outset, a preliminary matter warrants clarification. The focus at trial was on the “arbitrary detention” of the appellant. This explains both the way that the cross-examination of the witnesses was conducted and the Court of Appeal’s discussion of that issue. Before us that argument was abandoned since it was agreed that no arbitrary detention had occurred in the circumstances of this case. For our purposes then, the only violation alleged by the appellant was that of his right to be informed of his right to counsel as guaranteed in s. 10(b).

At this point I also wish to mention that I can only disagree with Iacobucci J.’s view that the issue of whether or not there had been a violation of s. 10(b) is not one which this Court ought to discuss given the Crown’s concession that the appellant was detained. Clearly the fact that an issue is conceded below means nothing in and of itself: *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1479-82. And, while the pleadings were ambivalent on the issue, in oral argument before us Mr. Mulligan for the Crown invited us to find that although Elshaw may have been “detained” in a tech-

l’avait informé de son droit à l’assistance d’un avocat, il est probable que l’appelant aurait quand même fait la déclaration incriminante?

À la différence de mon collègue, toutefois, je crois que la question fondamentale, et en fait l’unique question en litige, concerne le moment précis à partir duquel une personne est «détenue» aux fins de la garantie énoncée à l’al. 10b) de la *Charte*, que, par souci de commodité, je reproduis ici:

10. Chacun a le droit, en cas d’arrestation ou de détention:

b) d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit;

En d’autres termes, le nœud de la présente affaire réside, selon moi, dans la question préalable de savoir s’il y a eu effectivement violation des droits reconnus à l’appelant par l’al. 10b). Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que non.

Il y a lieu, dès le départ, d’élucider un point préliminaire. Au procès, les débats ont porté sur la [TRANSDUCTION] «détention arbitraire» de l’appelant. Cela explique à la fois la façon dont a été mené le contre-interrogatoire des témoins et l’analyse de cette question par la Cour d’appel. Devant nous, cet argument a été abandonné puisque les parties ont convenu que, dans les circonstances de la présente affaire, aucune détention arbitraire n’avait eu lieu. Donc, pour nos fins, l’unique violation alléguée par l’appelant est celle de ne pas avoir été informé de son droit à l’assistance d’un avocat, droit que lui garantit l’al. 10b).

À ce stade, je tiens également à souligner que je ne puis partager l’avis du juge Iacobucci que la question de savoir s’il y a eu violation de l’al. 10b) n’en est pas une que la Cour devrait analyser étant donné que le ministère public a reconnu que l’appelant était détenu. Il est évident qu’un aveu fait devant une instance inférieure ne signifie rien en soi: *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1479 à 1482. Bien que le mémoire ait été ambigu à ce sujet, le substitut du procureur général, M^e Mulligan, nous a invités, dans sa plaidoirie orale, à conclure que, même si Elshaw peut avoir été «détenu» en

nical sense, such "detention" was not one which would entail the full application of the appellant's s. 10 rights. This, in my view, renders the issue a live one. In his argument Mr. Mulligan urged us at the hearing to apply common sense and practicality to the issues bearing on this case. Too technical an approach would, in his view, defeat any possibility for the police to pursue the proper and necessary investigation of a crime. I agree with the Crown's submission in this regard as did both the trial judge and the Court of Appeal.

Before entering into a discussion of these issues, it is important to recall the precise circumstances under which the appellant made the statements in question.

The Facts

The appellant was convicted of two counts of attempted sexual assault. The two counts arose out of an incident at a park involving two young boys. On May 22, 1984, at approximately 5:00 p.m. the witnesses, D. W. and L. W., were working in their garden. D. W. looked up from what he was doing to talk to L. W. when he noticed a man leading a young boy, D. T., into a set of bushes which bordered on their property. Thinking this strange, he asked L. W. to go nearer to the bushes in case she could hear anything. She moved closer and was able to hear the man say to the boy, "Let's keep it our secret, it will be our little secret." D. W. went next door to his mother's residence to seek her advice on the matter and she advised that he call the police. He promptly did so. At this point D. W. went out to the street to wait for the police while L. W. and D. W.'s mother approached the bushes. They heard another little boy, H. W., calling D. T. The latter responded: "I'm up here, I'll be down in a minute". As they peered through the bushes L. W. was able to see the appellant sitting on his side and "wrapped around" D. T. After D. T. left the appellant, H. W. entered the bushes. The two women again heard him requesting the boy to "keep it our little secret". As they approached, the appellant left the scene.

principe, pareille «détention» n'en était pas une susceptible d'entraîner l'application intégrale des droits que l'art. 10 confère à l'appelant. Ceci, à mon avis, fait que la question est encore d'actualité. Dans son plaidoyer, M^e Mulligan nous a pressés de faire preuve de bon sens et d'esprit pratique en abordant les questions soulevées par ce litige. D'après lui, une approche trop théorique mettrait la police dans l'impossibilité d'effectuer les enquêtes appropriées et nécessaires à la détection d'un crime. Je retiens l'argument du ministère public à cet égard, comme l'ont fait également le juge du procès et la Cour d'appel.

Avant d'entamer l'étude de ces questions, il importe de préciser les circonstances dans lesquelles l'appelant a fait les déclarations en cause.

Les faits

L'appelant a été déclaré coupable relativement à deux accusations de tentative d'agression sexuelle. Ces accusations découlaient d'un incident survenu dans un parc et mettant en cause deux jeunes garçons. Le 22 mai 1984, vers 17 h, les témoins D. W. et L. W. travaillaient dans leur jardin. D. W. a levé les yeux pour adresser la parole à L. W. et c'est alors qu'il a aperçu un homme qui conduisait un jeune garçon, D. T., dans des buissons qui bordaient leur propriété. Trouvant cela étrange, il a demandé à L. W. de se rendre plus près des buissons pour voir si elle pouvait entendre quoi que ce soit. Elle s'est approchée et a pu entendre l'homme dire au garçonnet [TRADUCTION] «Gardons ça secret. Ce sera notre petit secret.» Quant à D. W., il s'est rendu chez sa mère, qui habitait la maison voisine, pour lui demander son avis sur l'incident. Elle lui a conseillé d'appeler la police, ce qu'il a fait sans tarder. D. W. est alors sorti dans la rue pour attendre la police, tandis que sa mère et L. W. se sont approchées des buissons. Elles ont entendu un autre petit garçon, H. W., appeler D. T. Ce dernier a répondu: [TRADUCTION] «Je suis ici. Je te rejoins dans une minute.» Comme elles regardaient à travers les buissons, L. W. a pu voir l'appelant penché en position assise et [TRADUCTION] «enlaçant» D. T. Après que ce dernier eut quitté l'appelant, H. W. est entré dans les buissons. Les deux femmes ont entendu, de nouveau, l'appelant demander au garçonnet de garder leur «petit secret». Quand elles se sont avancées, l'appelant a quitté les lieux.

In the meantime, Constables Jorgensen and Randhawa had been flagged down by D. W. They had responded to the call D. W. had made and knew only that there was a "suspicious male" in the area. As Jorgensen and Randhawa approached, D. W. briefly told them what had transpired. D. W. had seen the appellant crossing the park but then had lost sight of him when he turned to talk to the officers. He relocated him however, once again crouched down surreptitiously but this time in another set of bushes. D. W. then confronted the appellant with what he had seen. Elshaw replied: "I'm just going through the park." The appellant then hopped a nearby fence and began walking down the sidewalk but was immediately intercepted by Randhawa who began asking him for particulars such as his name, address, place of work and so on. He also advised Elshaw that he was being investigated for possible child molestation. At this point the two boys appeared, and, in the words of Jorgensen, "we separated everybody and put Mr. Elshaw in the back of the patrol wagon". Jorgensen then began to speak with the boys while Randhawa, for his part, spoke with the other witnesses. It is important to note that at this point Elshaw was not in handcuffs and had not been placed under arrest. The officers then approached the patrol wagon to speak with the appellant and, in the absence of any s. 10(b) warning, the following exchange took place between them:

A: Well I asked Mr. Elshaw, "What would have happened if we had not come along?", and he replied, "I don't know, I just can't help myself. Sometimes I have these urges, not so much with little boys, but more with little girls". And I asked, "What age are we talking about?", and he replied, "Oh, five or six year olds". At that point he said, "I know I need help, but I just don't know how to get it". And I said to him, "We'll try and see if we can get you some help", and at that point, I closed the side door of the wagon and had no further conversation with him at that point.

Entre-temps D. W. avait fait signe aux agents Jorgensen et Randhawa de s'arrêter. Ces derniers avaient répondu à l'appel de D. W. et savaient seulement qu'il y avait un [TRADUCTION] «individu louche» dans le secteur. Au moment où les agents Jorgensen et Randhawa s'approchaient, D. W. les a brièvement mis au courant de ce qui s'était passé, soit qu'il avait vu l'appellant traverser le parc mais l'avait perdu de vue en se retournant pour parler aux policiers. Il l'avait toutefois repéré à nouveau, encore accroupi subrepticement, mais cette fois-ci dans d'autres buissons. D. W. a alors confronté l'appellant avec ce qu'il avait vu. Elshaw a répondu: [TRADUCTION] «Je ne fais que traverser le parc.» Sur ce, ce dernier a sauté par-dessus une clôture qui se trouvait tout près et s'est mis à marcher sur le trottoir. Il a toutefois été intercepté immédiatement par l'agent Randhawa, qui lui a demandé certains renseignements, tels que ses nom, adresse, lieu de travail et ainsi de suite. Il a en outre informé Elshaw qu'il faisait l'objet d'une enquête relativement à de possibles agressions sexuelles contre des enfants. Sur ces entrefaites, les deux garçons sont apparus et, pour reprendre les termes de Jorgensen: [TRADUCTION] «nous avons séparé tout le monde et M. Elshaw a été mis à l'arrière du fourgon cellulaire.» Jorgensen a commencé alors à parler avec les garçons tandis que Randhawa, de son côté, s'entretenait avec les autres témoins. Il importe de noter qu'à ce moment-là les menottes n'avaient pas été passées à Elshaw et qu'il n'avait pas été mis en état d'arrestation. Ensuite, les policiers se sont dirigés vers le fourgon cellulaire pour parler à l'appellant et, sans que ne soit faite la mise en garde prévue à l'al. 10b), les propos suivants ont été échangés:

[TRADUCTION]

R: Bien, j'ai demandé à M. Elshaw: «Qu'est-ce qui se serait passé si nous n'étions pas arrivés?». Et il a répondu: «Je ne sais pas. C'est simplement plus fort que moi. Des fois, l'envie me prend, pas tellement à l'égard de petits garçons, mais plutôt à l'égard de petites filles.» Puis je lui ai demandé: «De quel âge?» Et il a répondu: «Euh, cinq ou six ans.» Là il a dit: «Je sais que j'ai besoin d'aide, seulement je ne sais pas comment l'obtenir.» Et je lui ai dit: «Nous allons essayer de vous en procurer.» Là-dessus, j'ai fermé la porte latérale du fourgon, ce qui a mis fin à notre conversation.

The appellant subsequently sought to have these statements excluded, alleging that he had already been detained at the point in time when he made the statements and hence that his right to counsel as guaranteed in s. 10(b) had been infringed. The appellant further argues that admitting the statements would bring the administration of justice into disrepute within the meaning of s. 24(2).

At the outset, it must be clear that neither the good faith of the police nor the voluntary nature of the statements were ever put into question. It is also my view that at the time that the statements were made the police were simply investigating the possible commission of a crime. Finally, in my estimation, the statements in question in no way relate to the *res gestae*.

Detention

It goes without saying that if the appellant was not detained within the meaning of the *Charter* at the time at which he made the statements, the rights guaranteed under s. 10(b) are not triggered and there would therefore have been no violation. In that respect, the case of *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, becomes the fundamental focus of our analysis.

(1) *R. v. Therens*

The issue in *Therens* was whether certificates of breath analysis obtained pursuant to the *Criminal Code* ought to be excluded under s. 24(2) of the *Charter* because the accused had been denied his right to counsel as guaranteed under s. 10(b). Although Le Dain J. ultimately dissented on the issue of admissibility itself, he is regarded as having written the seminal judgment on the meaning of detention in s. 10(b).

Le Dain J. first dismisses the Crown's contention that the section should be interpreted as the counsel provision under the *Canadian Bill of Rights* was. In doing so he rejects *Chromiak v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 471, by implication. Le Dain J. then goes on to engage in a purposive analysis of the right in question. That purpose is, at p. 641, established to be

L'appelant a tenté par la suite d'obtenir l'exclusion de ces déclarations au motif qu'il était déjà détenu au moment où il les avait faites, de sorte qu'on avait porté atteinte à son droit, garanti par l'al. 10b), à l'assistance d'un avocat. L'appelant fait valoir, en outre, que l'admission en preuve de ces déclarations serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2).

Il faut préciser au départ que la bonne foi des policiers et le caractère volontaire des déclarations n'ont jamais été mis en doute. De plus, je suis d'opinion qu'au moment de ces déclarations les policiers faisaient simplement enquête sur la perpétration possible d'un crime. J'estime, en dernier lieu, que les déclarations en cause n'ont aucun rapport avec la *res gestae*.

d La détention

Il va sans dire que si l'appelant n'était pas détenu au sens de la *Charte* lorsqu'il a fait les déclarations en question, les droits garantis par l'al. 10b) ne sont pas en cause et n'ont donc pu être violés. Sous cet aspect, l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, se retrouve le point de mire de notre analyse.

(1) *R. c. Therens*

La question dans l'affaire *Therens* était de savoir si des certificats d'analyse d'haleine obtenus conformément au *Code criminel* devaient être exclus en vertu du par. 24(2) de la *Charte* du fait que l'accusé avait été privé de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b). Bien que le juge Le Dain ait, en dernière analyse, été dissident sur la question de l'admissibilité elle-même, on considère qu'il a écrit l'arrêt fondamental sur le sens du mot «détention» utilisé à l'al. 10b).

Le juge Le Dain écarte d'abord l'argument du ministère public suivant lequel l'alinéa en question devrait s'interpréter de la même façon que la disposition de la *Déclaration canadienne des droits* concernant le droit à l'assistance d'un avocat. Ce faisant, il rejette implicitement l'arrêt *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471. Le juge Le Dain poursuit en

ensuring that a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct that counsel without delay when the person finds himself or herself in certain circumstances. As basic precepts these can only be uncontroversial. However, Le Dain J. next turns his attention to the question of just what those circumstances are and posits three basic scenarios or tests:

(i) the case of deprivation of liberty by physical constraint;

(ii) the case of a police officer assuming control over the movement of a person by a demand or direction which might have significant legal consequences and which prevents or impedes access to counsel; and,

(iii) a final category which, at p. 644, Le Dain J. characterizes in the following *obiter* statement:

Most citizens are not aware of the precise legal limits of police authority. Rather than risk the application of physical force or prosecution for wilful obstruction, the reasonable person is likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand. The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary. Detention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist.

The first two scenarios are not really at issue in this case. While it is true that the appellant was put in the back of a police vehicle, that fact alone should not be wholly determinative, particularly in a situation such as this one where the entire incident took place in a park and in full view of the public. It must be noted that he had not been handcuffed, had not been placed under arrest, had not been verbally or physically coerced in any way, and only spent some five or six minutes in the van according to the uncontested testimony of Constable Jorgensen. Perhaps most importantly, that same testimony reveals that the officers at that particular time not only did not

analysant le droit en cause en fonction de son objet. À la page 641, il estime que cette disposition vise à assurer que, dans certaines circonstances, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Ce sont là des principes de base incontestables. Toutefois, le juge Le Dain se demande ensuite quelles sont au juste ces circonstances et il les énonce aussi:

(i) le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique;

(ii) le cas où un policier restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat; et

(iii) une dernière catégorie que le juge Le Dain énonce, à la p. 644, dans l'opinion incidente reproduite ci-après:

La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement.

Les deux premiers scénarios ne se présentent pas vraiment en l'espèce. Même s'il est vrai que l'appellant a été placé à l'arrière d'un véhicule de la police, ce fait ne devrait pas, à lui seul, être entièrement décisif, particulièrement dans un cas comme celui-ci où l'incident en entier s'est déroulé dans un parc, à la vue du public. Il faut noter qu'on ne lui avait pas passé les menottes, qu'il n'avait pas été mis en état d'arrestation, qu'il n'avait pas fait l'objet d'une contrainte verbale ou physique et qu'il n'avait passé que cinq ou six minutes dans le fourgon, selon le témoignage incontesté de l'agent Jorgensen. Peut-être plus important, ce même témoignage révèle non seule-

have any firm suspicion that the appellant had been involved in criminal activity but actually intended to take him to his sister's house; only after they pursued their investigation further and received details over the police radio of his record did they change their minds and decide to lay a charge under the vagrancy section of the *Criminal Code*.

The third scenario, however, is very much at issue. Presumably, if taken to its extreme it would mean that anytime a police officer wished to speak with any person, perhaps in the aftermath of a traffic accident, perhaps to warn a crowd of people to move along, perhaps even to ask for the time, if the person does what the officer asks and subjectively and reasonably believes, for whatever reason, that she or he has no choice but to do so, the officer must apprise the person of her or his rights under the *Charter*. The implications in the context of law enforcement must be nothing short of massive for it would effectively shackle any investigation at its outset by preventing the authorities from making any kind of introductory inquiry and factual assessment of the situation before criminal liability even becomes an issue.

Many commentators have discussed Le Dain J.'s *obiter* comments. See, for example: Y. de Montigny, "L'élargissement du concept de «détention», premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?" (1990), 31 *C. de D.* 769, and D. Stuart, "Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Reference and Oakes—Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System" (1987), 12 *Queen's L.J.* 131. Professor Stuart writes, at p. 141:

One has sympathy with the view that preliminary police investigative questioning should not now have to be peppered with *Charter* warnings. However, we must remember that under our *Charter*, a violation will not necessarily result in the exclusion of evidence.

Although I agree with Professor Stuart's comments they do not address the ambiguous position in which

ment que les policiers n'avaient, à ce moment précis, aucun solide soupçon que l'appelant avait participé à une activité criminelle, mais encore qu'ils avaient réellement l'intention de l'emmener chez sa sœur. Ce n'est qu'après avoir poussé plus loin leur enquête et avoir obtenu les détails de son dossier à la radio de la police qu'ils ont changé d'idée et décidé de porter une accusation aux termes de la disposition du *Code criminel* relative au vagabondage.

Il en va cependant tout autrement du troisième scénario. Poussé à l'extrême, celui-ci signifierait présument que, chaque fois qu'un agent de police désire parler à quelqu'un, soit à la suite d'un accident de voiture, soit pour sommer une foule de circuler, soit même pour demander l'heure, si la personne à qui la demande est faite y acquiesce en croyant subjectivement et raisonnablement, pour quelque raison que ce soit, qu'il n'a pas d'autre choix que de s'y plier, le policier doit informer cette personne de ses droits découlant de la *Charte*. Les répercussions dans le domaine de l'application de la loi seraient rien de moins que dramatiques, car cela aurait pour effet d'entraver toute enquête dès le départ en empêchant les autorités de procéder à quelque forme que ce soit d'interrogatoire préliminaire et d'évaluation des faits avant même que ne se pose la question de la culpabilité criminelle.

L'obiter du juge Le Dain a été commenté à maintes reprises. Voir, par exemple, Y. de Montigny, «L'élargissement du concept de «détention», premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?» (1990), 31 *C. de D.* 769, et D. Stuart, «Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Reference and Oakes—Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System» (1987), 12 *Queen's L.J.* 131. Le professeur Stuart écrit, à la p. 141:

[TRADUCTION] Pour séduisant que soit le point de vue selon lequel l'interrogatoire préliminaire pour fins d'enquête mené par la police ne devrait pas avoir maintenant à être criblé de mises en garde fondées sur la *Charte*, il faut toutefois se rappeler qu'en vertu de notre *Charte*, une violation n'entraînera pas nécessairement l'exclusion d'éléments de preuve.

Bien que je sois d'accord avec les observations du professeur Stuart, elles ne répondent pas à la position

the police find themselves—on the one hand needing to engage in some degree of preliminary questioning but on the other hand having to be wary of the point at which they will run afoul of the suspect's *Charter* rights as guaranteed under s. 10(b). In other words, as a practical matter, law enforcement agencies must know how to conduct themselves.

(2) *Canadian Jurisprudence*

In the wake of *Therens* were a litany of cases emanating from the provincial courts of appeal. The Ontario Court of Appeal has made a particularly convincing attempt to deal with the breadth of Le Dain J.'s comments and has produced a line of reasoning which has been followed by other courts.

In *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.) (leave to appeal to this Court refused, [1986] 1 S.C.R. viii) the appellant was under investigation for fraud. A police officer went to his house armed with some credit card invoices but no probable cause. The appellant made a number of incriminating statements and was then placed under arrest and taken to the station where more incriminating statements were forthcoming. The appellant then asked to see a lawyer. At trial he sought to have the statements excluded. Martin J.A. examines *Therens*, and ultimately decides that since he was under no obligation to continue the interview, the appellant had not been detained within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*, and the statements were therefore admissible. He notes at p. 101:

Unless all questioning of a suspect by a police officer, in the absence of a warning that the suspect is free to leave and is entitled to refuse to answer, constitutes a detention under s. 10(b) of the *Charter*, the questioning of the appellant . . . did not constitute such a detention.

In *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (Ont. C.A.) the accused had voluntarily agreed to accompany the police to the station where questioning in conjunction with a homicide began. The appellant subsequently confessed to the crime. Tarnopolsky J.A. examines the holding in *Therens* as

ambiguë dans laquelle se trouvent les policiers: d'une part, ils ont à procéder à un certain interrogatoire préliminaire et, d'autre part, il leur faut être conscients du point où ils porteront atteinte aux droits que garantit au suspect l'al. 10b) de la *Charte*. En d'autres termes, les organismes chargés d'appliquer la loi doivent, en pratique, savoir comment se comporter.

(2) *La jurisprudence canadienne*

Dans le sillage de l'arrêt *Therens*, toute une série d'arrêts ont été rendus par les cours d'appel provinciales. La Cour d'appel de l'Ontario a tenté une analyse particulièrement convaincante de la large portée des observations du juge Le Dain et elle en a tiré un raisonnement qu'ont suivi d'autres tribunaux.

Dans l'arrêt *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.) (autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1986] 1 R.C.S. viii), l'appelant faisait l'objet d'une enquête pour fraude. Un agent de police s'est rendu chez lui muni de quelques factures de carte de crédit, mais sans motif probable. L'appelant a fait plusieurs déclarations incriminantes. Il a alors été mis en état d'arrestation et conduit au poste de police où il a fait d'autres déclarations incriminantes. L'appelant a demandé ensuite à voir un avocat. Au procès, il a tenté d'obtenir l'exclusion de ces déclarations. Le juge Martin de la Cour d'appel, ayant examiné l'arrêt *Therens*, a finalement conclu que, comme il n'était nullement obligé de poursuivre l'entretien, l'appelant n'était pas détenu au sens de l'al. 10b) de la *Charte*, si bien que ses déclarations étaient admissibles en preuve. Le juge Martin fait remarquer, à la p. 101:

[TRANSDUCTION] À moins que tout interrogatoire d'un suspect qu'un policier mène, sans l'avoir informé qu'il est libre de partir et qu'il peut refuser de répondre, ne constitue une détention pour les fins de l'al. 10b) de la *Charte*, l'interrogatoire de l'appelant [. . .] ne constituait pas [. . .] une telle détention.

Dans *R. v. Bazinet* (1986), 25 C.C.C. (3d) 273 (C.A. Ont.), l'accusé avait volontairement accepté de suivre les policiers au poste de police où l'on s'était mis à l'interroger relativement à un homicide. L'appelant a subséquemment avoué qu'il était l'auteur du crime. Le juge Tarnopolsky a examiné l'arrêt *Therens*

well as Martin J.A.'s judgement in *Esposito*. He underscores in particular, at p. 283, the limitations which Le Dain J. attached to his conception of psychological compulsion:

In this vein it is important to note that Le Dain J.'s extension of "detention" to instances of "psychological" restraint or compulsion is predicated on two requirements: (1) a "demand or direction", in response to which (2) "the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist".

Tarnopolsky J.A. goes on to conclude that there was no "demand or direction" to which the appellant submitted. As such there was no detention and no violation.

R. v. Moran (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.) dealt with an appellant who had been convicted of second degree murder in the death of a woman with whom he was having an affair. Immediately after her death, and before he was ever remotely connected with the murder, the police were doing a routine check on her habits and wished to speak to the appellant at the station. At this first interview he told them of the affair. A second interview was held four days later when the appellant returned to go over the statement. Again, statements were made, this time tying him to the victim on the day of her death. At trial he sought to have these statements excluded from evidence. Relying primarily on *Therens* and the judgment of Tarnopolsky J.A. in *Bazinet*, Martin J.A., at pp. 258-59, purports to lay down a non-exhaustive list of criteria to assist in the determination of whether or not someone had been detained within the meaning in s. 10(b) of the *Charter*:

(i) What type of language was used by the police officer—was the person given a choice to speak or not to speak?

(ii) Did the person accompany the officer on their own volition or were they escorted?

(iii) Did the person leave after the interview or was he or she arrested?

ainsi que celui rendu par le juge Martin dans l'affaire *Esposito*. Il souligne en particulier, à la p. 283, les restrictions que le juge Le Dain a attachées à sa conception de la contrainte psychologique:

[TRADUCTION] Dans cet ordre d'idées, il importe de noter que l'élargissement par le juge Le Dain de la portée du terme «détention» de manière à lui faire englober les cas de contrainte «psychologique» repose sur deux conditions, à savoir: (1) l'existence d'une «sommation» ou d'un «ordre» à la suite desquels (2) «la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement».

Le juge Tarnopolsky poursuit en concluant qu'il n'y a pas eu de «sommation» ni d'«ordre» auxquels l'appelant a obtempéré. Cela étant, il n'y a eu ni détention ni violation.

L'affaire *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.) porte sur le cas d'un appellant qui avait été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré à la suite du décès d'une femme avec laquelle il avait une liaison. Immédiatement après le décès de cette femme et avant que le moindre lien n'ait été établi entre l'appelant et le meurtre, les policiers ont ouvert une enquête de routine sur les habitudes de la disparue et ont voulu s'entretenir avec l'appelant au poste de police. Lors de ce premier entretien, il leur a mentionné la liaison. Un second entretien a eu lieu quatre jours plus tard lorsque l'appelant est retourné revoir sa déclaration. Il a de nouveau fait des déclarations qui, cette fois-ci, le reliaient à la victime le jour de sa mort. À son procès, il a tenté d'obtenir l'exclusion de ces déclarations. S'appuyant principalement sur l'arrêt *Therens* et sur les motifs du juge Tarnopolsky dans l'affaire *Bazinet*, le juge Martin, aux pp. 258 et 259, propose une liste non exhaustive des critères qui aident à déterminer si une personne a été détenue au sens de l'al. 10b) de la *Charte*:

(i) Quel langage le policier a-t-il tenu? A-t-il laissé à la personne en question le choix de parler ou de se taire?

(ii) La personne a-t-elle suivi le policier de son plein gré ou a-t-elle été escortée?

(iii) La personne est-elle partie après l'entretien ou l'a-t-on arrêtée?

(iv) At what point in the investigation did the interview take place?

(v) Were there reasonable and probable grounds for believing that the person was, in fact, the guilty party?

(vi) What was the nature of the questions asked? Were they of a general nature or did they confront the accused with evidence pointing towards his or her guilt?

(vii) What was the subjective belief of the person? Did they think that they were being detained?

These criteria are then applied by Martin J.A. to the facts at hand and result in the conclusion that neither interview could be considered a "detention".

The same criteria are subsequently used in *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.) and *R. v. Voss* (1989), 50 C.C.C. (3d) 58 (Ont. C.A.) and this line of jurisprudence has also been adopted in other jurisdictions. See, for example: *R. v. Ancelet* (1986), 70 A.R. 263 (C.A.); *R. v. C.(S.)* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252 (Nfld. C.A.); *R. v. Olivier* (May 30, 1991, Man. Q.B., summarized at 13 W.C.B. (2d) 278). From these cases I wish only to note the words of Krever J.A. at p. 274 of *Grafe* which I find quite appropriate:

The Charter does not seek to insulate all members of society from all contact with constituted authority, no matter how trivial the contact may be. When one considers the full range of contacts in modern society between state and citizen that which took place between the respondent and Constables Kalan and Waite on the first occasion cannot be characterized otherwise than as innocuous. Its occurrence was not an invasion of any of the respondent's Charter rights.

It is quite possible that if *Le Dain J.*'s third scenario in *Therens* were to be taken at its broadest, all of the statements with which the Ontario Court of Appeal were faced, all of which were highly probative, would have had to be excluded on the grounds that they were made in the face of so-called psychological coercion. In so far as the Ontario court and the other courts which have adopted this line of reason-

(iv) À quel stade de l'enquête l'entretien a-t-il eu lieu?

(v) Y avait-il des motifs raisonnables et probables de croire que la personne était en fait le coupable?

(vi) Quelle était la nature des questions posées? Étaient-elles de caractère général ou mettaient-elles le prévenu en présence d'éléments de preuve tendant à établir sa culpabilité?

(vii) Quelle était l'opinion subjective de la personne? Croyait-elle être détenue?

Appliquant ces critères aux faits de l'affaire, le juge Martin a conclu alors que ni l'une ni l'autre de ces entrevues ne pouvait être considérée comme constituant une «détention».

Les mêmes critères ont été subséquentement utilisés dans les arrêts *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), et *R. v. Voss* (1989), 50 C.C.C. (3d) 58 (C.A. Ont.). Il s'agit là d'un courant jurisprudence qui a également été suivi ailleurs. Voir, par exemple, *R. v. Ancelet* (1986), 70 A.R. 263 (C.A.), *R. v. C.(S.)* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252 (C.A.T.-N.), *R. v. Olivier* (30 mai 1991, B.R. Man., résumé à 13 W.C.B. (2d) 278). De cette jurisprudence, je désire simplement reproduire les propos tenus par le juge Krever à la p. 274 de l'arrêt *Grafe*, que je trouve tout à fait appropriés:

[TRADUCTION] La Charte ne vise pas à protéger tous les membres de la société contre tout contact avec les autorités constituées, si insignifiant que puisse être ce contact. Quand on considère toute la gamme des contacts entre l'État et les citoyens dans la société moderne, le contact initial entre l'intimé et les agents Kalan et Waite ne peut être qualifié autrement que d'anodin. Il ne constituait une atteinte à aucun des droits dont jouit l'intimé aux termes de la Charte.

Il se peut fort bien que, s'il fallait donner au troisième scénario envisagé par le juge *Le Dain* dans l'arrêt *Therens* son interprétation la plus large, toutes ces déclarations dont a été saisie la Cour d'appel de l'Ontario et qui avaient toutes une très grande valeur probante, auraient dû être écartées pour le motif qu'elles ont été faites sous l'influence de ce qu'on est convenu d'appeler une contrainte psychologique.

ing have been able to arrive at a more practical position despite the broad wording of Le Dain J.'s *obiter* comments, that reasoning is constructive. However, because it developed within the parameters of those same *obiter* comments it is, by necessity, tarred with the same brush and, in my opinion, is also susceptible to putting undue restraint on law enforcement agencies.

(3) *A Comparative Perspective*

(a) The United States

Before I begin my analysis of the American law I wish to make it clear that I am in no way unmindful of the words of my colleague, La Forest J., in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 639:

While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of the *Charter* guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances. . .

However, as Dickson C.J. pointed out in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 740, "In the United States, a collection of fundamental rights has been constitutionally protected for over two hundred years. The resulting practical and theoretical experience is immense, and should not be overlooked by Canadian courts".

In my opinion the case before us presents the ideal opportunity to look south and learn from the experience of the United States. The balancing in which we are presently engaged, that is to say between the rights of the individual to be free from unnecessary and unjustified harassment at the hands of state agents and the right of society at large to expect efficient law enforcement, is of primordial importance. And, given what appears to me to be the overly cumbersome and obtrusive position which has developed in Canada, the American position might well offer a

Dans la mesure où la cour ontarienne et les autres tribunaux qui ont adopté ce raisonnement ont pu en arriver à une position plus pratique en dépit de la formulation large de l'*obiter* du juge Le Dain, ce raisonnement est constructif. Toutefois, comme il a été formulé dans le cadre de ce même *obiter*, il souffre nécessairement de la même lacune et, à mon avis, il risque également d'imposer des restrictions excessives aux organismes chargés d'appliquer la loi.

(3) *Perspective du droit comparé*

a) Les États-Unis

Avant de passer à l'analyse du droit américain, je tiens à préciser que je ne suis pas sans me rappeler les paroles de mon collègue le juge La Forest dans l'affaire *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 639:

Bien qu'il soit naturel et même souhaitable que les tribunaux canadiens renvoient à la jurisprudence constitutionnelle américaine pour chercher à dégager le sens des garanties prévues par la *Charte* qui ont leurs équivalents dans la Constitution des États-Unis, ils devraient prendre soin de ne pas établir trop rapidement un parallèle entre des constitutions établies dans des pays différents à des époques différentes et dans des circonstances très différentes . . .

Toutefois, comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'affaire *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 740: «Aux États-Unis, un ensemble de droits fondamentaux bénéficie d'une protection constitutionnelle depuis plus de deux cents ans. Il en résulte donc une immense expérience pratique et théorique dont les tribunaux canadiens ne devraient pas faire abstraction.»

À mon avis, ce pourvoi nous offre l'occasion rêvée de nous tourner vers le sud et de tirer profit de l'expérience américaine. Le calibrage auquel nous nous livrons actuellement, c'est-à-dire en soupesant les droits qu'ont les individus de ne pas être soumis par les agents de l'État à un harcèlement qui n'est ni nécessaire ni justifié et le droit de la société en général de s'attendre à une application efficace de la loi, est d'une importance primordiale. De plus, compte tenu de ce qui me paraît être le caractère excessivement lourd et envahissant du point de vue adopté au

compromise between the two conflicting rights which is worthy of our attention.

A promising avenue of inquiry, and a compromise which I see as attending to both competing interests might be found in the doctrine of preliminary investigatory detention short of arrest. In the United States investigatory detention is recognized as having emerged in *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). At issue was the constitutionality under the Fourth Amendment of a "stop and frisk" made by a police officer. The officer had observed three men walk back and forth in front of a retail store for some minutes, looking in and then returning to confer with one another. The officer's suspicions were aroused and he approached the three men and asked their names. When they did not respond he turned Terry around, "patted him down", and removed a pistol. A weapon was also found on one of Terry's cohorts. Terry, on trial for carrying a concealed weapon, sought to suppress the evidence of the pistol arguing that its admission would constitute a violation of his rights under the Fourth Amendment which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure. The issue eventually found its way to the U.S. Supreme Court which spoke through Warren C.J. and upheld the search.

The court first recognized the ambiguity inherent in the relationship between the public and the police. At page 13 it noted:

Street encounters between citizens and police officers are incredibly rich in diversity. They range from wholly friendly exchanges of pleasantries or mutually useful information to hostile confrontations of armed men involving arrests, or injuries, or loss of life. Moreover, hostile confrontations are not all of a piece. Some of them begin in a friendly enough manner, only to take a different turn upon the injection of some unexpected element into the conversation. Encounters are initiated by the police for a wide variety of purposes, some of

Canada, la position américaine pourrait bien offrir un compromis qui mérite d'être pris en considération dans l'appréciation des deux droits ici en conflit, compromis qui mérite qu'on s'y attarde.

Une avenue prometteuse qui pourrait s'avérer ce moyen terme qui, selon moi, tiendrait compte de ces deux droits conflictuels se retrouve dans la doctrine de la détention préliminaire pour fins d'enquête mais sans arrestation. Aux États-Unis, cette notion de détention pour fins d'enquête tire son origine de l'arrêt *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Ce litige mettait en cause la constitutionnalité, en vertu du Quatrième amendement, d'une interpellation et d'une fouille sommaire effectuées par un agent de police. Celui-ci avait remarqué la présence de trois hommes qui, depuis quelques minutes, se promenaient de long en large devant un magasin de détail et regardaient à l'intérieur pour ensuite aller conférer ensemble. Ses soupçons éveillés, le policier a accosté les trois hommes et leur a demandé leur nom. Comme ils ne répondaient pas, il a fait faire demi-tour à Terry, l'a [TRADUCTION] «tâté de haut en bas» et lui a retiré un pistolet. Il a trouvé également une arme sur l'un des compagnons de Terry. À son procès pour port d'arme dissimulée, Terry a cherché à faire écarter la preuve relative au pistolet au motif que son admission constituerait une violation de ses droits garantis par le Quatrième amendement, soit la protection contre les perquisitions et les saisies abusives. La question a finalement été soumise à la Cour suprême des États-Unis qui, sous la plume du juge en chef Warren, a donné son aval à la fouille en question.

La cour a d'abord reconnu l'ambiguïté inhérente aux rapports entre le public et la police, faisant remarquer, à la p. 13:

[TRADUCTION] Les contacts entre citoyens et policiers qui ont lieu dans la rue présentent une incroyable diversité. Ils vont des échanges entièrement amicaux de politesses ou de renseignements qui leur sont mutuellement utiles jusqu'aux affrontements hostiles d'hommes armés aboutissant à des arrestations, à des blessures ou à une perte de vie. De plus, tous les affrontements hostiles ne se ressemblent pas. Certains commencent sur un ton assez amical puis prennent une autre tournure lorsqu'un élément inattendu intervient dans la conversation. La

which are wholly unrelated to a desire to prosecute for crime.

The reasonableness of the stop was then assessed by balancing the need for the search against the intrusiveness such a search would entail. The court, at pp. 30-31, concluded:

... where a police officer observes unusual conduct which leads him reasonably to conclude in light of his experience that criminal activity may be afoot and that the persons with whom he is dealing may be armed and presently dangerous, where in the course of investigating this behavior he identifies himself as a policeman and makes reasonable inquiries, and where nothing in the initial stages of the encounter serves to dispel his reasonable fear for his own or others' safety, he is entitled for the protection of himself and others in the area to conduct a carefully limited search of the outer clothing of such persons in an attempt to discover weapons which might be used to assault him. Such a search is a reasonable search under the Fourth Amendment, and any weapons seized may properly be introduced in evidence against the person from whom they were taken.

In the wake of *Terry*, the doctrine was thought to apply only where the officer in question had reasonable grounds to think that his or her safety, or that of others, was in danger (see, for example: D. P. Mongiardo, "The Terry Exception to Miranda" (1983), 10 *Search & Seizure L. Rep.* 165). However, the United States Supreme Court saw fit shortly thereafter to broaden the circumstances in which a state agent would be able to stop a person without running afoul of the Constitution. In *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), a police officer was on routine patrol and was informed by someone known to him that the occupant of a nearby car was carrying narcotics and a weapon. The officer approached the car to investigate and, as the occupant rolled down the window, reached inside to remove the weapon. Later, a search revealed the presence of the illegal

police établit des contacts pour une grande variété de raisons, qui n'ont parfois absolument rien à voir avec la volonté de poursuivre pour un crime.

La cour a ensuite examiné le caractère raisonnable de l'interpellation en s'appuyant, d'une part, sur la nécessité de la fouille et, d'autre part, sur l'atteinte à la vie privée qu'elle entraînait. Aux pages 30 et 31, elle conclut que:

[TRADUCTION] ... lorsqu'un agent de police remarque une conduite inhabituelle qui l'amène raisonnablement à conclure, d'après son expérience, qu'un acte criminel est sur le point d'être commis et que les individus auxquels il a affaire peuvent être armés et présenter un danger immédiat, lorsqu'au cours de son enquête sur ce comportement, il révèle son identité de policier et pose des questions raisonnables, et lorsqu'aux stades initiaux du contact rien ne permet de dissiper sa crainte raisonnable pour sa propre sécurité ou pour celle d'autrui, il a le droit, pour assurer sa propre protection et celle d'autres personnes se trouvant dans le voisinage, de procéder à une fouille soigneusement limitée des vêtements de dessus de tels individus afin de découvrir des armes qui pourraient être utilisées pour l'attaquer. Il s'agit en pareil cas d'une fouille raisonnable au sens du Quatrième amendement et toute arme saisie peut à bon droit être produite en preuve contre la personne à laquelle elle a été prise.

Dans la foulée de l'arrêt *Terry*, on a cru que cette doctrine s'appliquait uniquement dans les cas où le policier en cause avait des motifs raisonnables de croire que sa propre sécurité, ou celle d'autrui, se trouvait menacée (voir, par exemple, D. P. Mongiardo «The Terry Exception to Miranda» (1983), 10 *Search & Seizure L. Rep.* 165). La Cour suprême des États-Unis a toutefois, peu après, jugé bon d'élargir le champ des circonstances dans lesquelles un agent de l'État pourrait interpellé une personne sans violer la Constitution. Dans l'affaire *Adams v. Williams*, 407 U.S. 143 (1972), un agent de police, qui effectuait une patrouille de routine, a été informé par une personne qu'il connaissait que l'occupant d'une voiture qui se trouvait à proximité transportait des stupéfiants ainsi qu'une arme. Le policier s'est approché de la voiture pour faire enquête et, comme l'occupant baissait la fenêtre, il a étendu le bras à l'intérieur pour lui enlever l'arme. Une fouille menée par la suite a

narcotics. Rehnquist J. for the court notes at pp. 145-46 that:

The Fourth Amendment does not require a policeman who lacks the precise level of information necessary for probable cause to arrest to simply shrug his shoulders and allow a crime to occur or a criminal to escape. On the contrary, Terry recognizes that it may be the essence of good police work to adopt an intermediate response. . . . A brief stop of a suspicious individual, in order to determine his identity or to maintain the status quo momentarily, while obtaining more information, may be most reasonable in light of the facts known to the officer at the time. [Emphasis added.]

The court saw a need therefore, to broaden the circumstances under which an officer could approach an individual and make inquiries of him or her. No longer was it necessary for the officer to entertain reasonable fears for his or her safety or the safety of others: A. Young, "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, at p. 371. Rather, under the expanded doctrine a stop and frisk became a protective measure to take while the more central "brief investigatory search", initiated on the basis of a reasonable suspicion that a crime was being or had been committed, was proceeding.

In the cases which followed *Adams* the court remained diligent in its maintenance of the underlying values of the Fourth Amendment while ensuring that police were able to perform the task which society assigns to them. The doctrine underwent a period of refinement during which its parameters were clarified: *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979); *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985). See also: "Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990" (1991), 79 *Geo. L.J.* 591, at pp. 613-24; E. J. Sack, "Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of *People v. De Bour*"

révélé la présence de stupéfiants illicites. Le juge Rehnquist fait observer, au nom de la cour, aux pp. 145 et 146 que:

[TRADUCTION] Le Quatrième amendement n'exige pas d'un policier qui ne possède pas tous les renseignements nécessaires pour avoir un motif probable d'effectuer une arrestation, qu'il hausse simplement les épaules et qu'il permette qu'un crime soit commis ou qu'un criminel s'enfuit. Au contraire, on reconnaît, dans l'arrêt Terry, que l'adoption d'un moyen terme peut constituer l'essence d'un bon travail policier [. . .] Il peut en effet être éminemment raisonnable, compte tenu des faits que connaît le policier à ce moment, d'interpeller brièvement un individu louche afin d'en déterminer l'identité ou de maintenir provisoirement le statu quo en attendant d'obtenir de plus amples renseignements. [Je souligne.]

La cour a donc perçu la nécessité d'élargir les circonstances dans lesquelles un policier pouvait accoster une personne pour l'interroger. Il n'était plus nécessaire que le policier ait une crainte raisonnable pour sa sécurité ou pour celle d'autrui: A. Young, «All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function» (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, à la p. 371. Plutôt, en vertu de ce principe élargi, l'interpellation et la fouille sommaires sont devenues une mesure de protection à prendre pendant le déroulement de la phase plus cruciale de la [TRADUCTION] «brève fouille pour fins d'enquête» entreprise en raison d'un soupçon raisonnable qu'un crime était ou avait été commis.

Dans ses arrêts ultérieurs à l'arrêt *Adams*, la cour a veillé jalousement au maintien des valeurs sous-jacentes au Quatrième amendement tout en s'assurant que la police soit en mesure de s'acquitter de la tâche que lui assigne la société. Le principe a connu une période de rodage pendant laquelle ses paramètres ont été clarifiés: *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979); *Brown v. Texas*, 443 U.S. 47 (1979); *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *United States v. Hensley*, 469 U.S. 221 (1985); *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985). Voir aussi: «Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990» (1991), 79 *Geo. L.J.* 591, aux pp. 613 à 624, E. J. Sack, «Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of *People v.*

(1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 512, at pp. 512-19; and C. M. Wiseman, "The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test" (1984), 67 *Marq. L. Rev.* 641.

Until 1984 the question which remained unanswered was the degree to which the so-called "Miranda warning" was mandated during such preliminary investigatory detentions. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), which was a watershed case in American constitutional law, held that when a person is subject to "custodial interrogation", that is to say questioning initiated by law enforcement officers after a person has been "taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way" (*Miranda, supra*, at p. 478), it is necessary to caution the person of his or her right against self-incrimination and his or her right to counsel. In *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984), the issue was finally resolved. In *Berkemer*, a police officer was on routine patrol when he noticed a car ahead of him being driven in a very erratic manner. The officer pulled the car over and requested the driver to get out and, after remarking that he was having difficulty doing so, gave a field sobriety test which the driver, McCarty, failed. At this point the officer asked if McCarty had been using intoxicants and the latter indicated that he had been consuming beer and had smoked marijuana a short time previously. McCarty was then arrested and taken to the station where questioning resumed and more incriminating statements were made. McCarty sought to suppress the statements made at roadside and at the station arguing, *inter alia*, that his rights under the Fifth Amendment had been violated when the officer failed to issue him a Miranda warning.

The court held that given the presumptively brief nature of such stops and the fact that they almost always occur in public and hence under the scrutiny of passers-by, such traffic stops do not sufficiently impair the free exercise of the "detainee" to a point

De Bour» (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 512, aux pp. 512 à 519, et C. M. Wiseman, «The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test» (1984), 67 *Marq. L. Rev.* 641.

a

Jusqu'en 1984, une question était demeurée sans réponse soit celle de savoir dans quelle mesure ce qu'on était convenu d'appeler la «mise en garde Miranda» était requise pendant ces détentions préliminaires pour fins d'enquête. L'arrêt *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), qui marque un tournant dans le droit constitutionnel américain, statue, en effet, que, lorsqu'une personne est soumise à un [TRADUCTION] «interrogatoire en cours de détention», c'est-à-dire à un interrogatoire entrepris par des agents chargés de l'application de la loi, après qu'une personne a été [TRADUCTION] «mise en détention ou autrement privée, de quelque manière importante, de sa liberté par les autorités» (*Miranda, précité*, à la p. 478), cette personne doit être informée de son droit de ne pas s'incriminer et de son droit à l'assistance d'un avocat. Ce n'est toutefois que dans l'arrêt *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984), que la question a été finalement tranchée. Il s'agit là d'une affaire où un agent de police, en patrouille de routine, avait aperçu devant lui une voiture conduite de façon très irrégulière. Le policier a intercepté la voiture et a demandé au conducteur, McCarty, de descendre. Ayant constaté que ce dernier y parvenait difficilement, le policier lui a fait subir sur place un alcootest qu'il a échoué. C'est à ce moment que le policier a demandé à McCarty s'il avait consommé des substances intoxicantes et ce dernier a indiqué qu'il avait, peu auparavant, consommé de la bière et fumé de la marijuana. McCarty a alors été arrêté et conduit au poste de police où l'interrogatoire a repris et d'autres déclarations incriminantes ont été faites. McCarty, en tentant de faire écarter les déclarations faites sur le bord de la route et au poste de police, a soutenu, notamment, que les droits que lui conférait le Cinquième amendement avaient été brimés parce que le policier ne lui avait pas fait la mise en garde Miranda.

La cour a décidé que, comme elles peuvent être présumées de courte durée et qu'elles ont presque toujours lieu en public et, par conséquent, au vu des passants, ces interceptions sur le bord de la route ne privent pas suffisamment le «détenu» de sa liberté

where he or she would feel compelled to speak where they otherwise would not. Of particular interest for our immediate purposes is the following statement by Marshall J., at pp. 439-40, speaking for the court:

In both of these respects, the usual traffic stop is more analogous to a so-called "Terry-stop" . . . than to a formal arrest. Under the Fourth Amendment, we have held, a policeman who lacks probable cause but whose "observations lead him reasonably to suspect" that a particular person has committed, is committing, or is about to commit a crime, may detain that person briefly in order to "investigate the circumstances that provoke suspicion. . . . [T]he stop and inquiry must be 'reasonably related in scope to the justification for their initiation'." . . . Typically, this means that the officer may ask the detainee a moderate number of questions to determine his identity and to try to obtain information confirming or dispelling the officer's suspicions. But the detainee is not obliged to respond. And, unless the detainee's answers provide the officer with probable cause to arrest him, he must then be released. The comparatively non-threatening character of detentions of this sort explains the absence of any suggestion in our opinions that Terry stops are subject to the dictates of Miranda. The similarly noncoercive aspect of ordinary traffic stops prompts us to hold that persons temporarily detained pursuant to such stops are not "in custody" for the purposes of Miranda. [Emphasis added.]

Nor did the practical aspects of requiring Miranda warnings in all such circumstances go unnoticed to Marshall J. At page 441 he adds:

[It] would substantially impede the enforcement of the Nation's traffic laws—by compelling the police either to take the time to warn all detained motorists of their constitutional rights or to forego use of self-incriminating statements made by those motorists—while doing little to protect citizens' Fifth Amendment rights.

pour qu'il se sente contraint de parler là où il ne le ferait pas en temps normal. Pour nos fins immédiates, la déclaration suivante du juge Marshall, au nom de la Cour, aux pp. 439 et 440, est particulièrement intéressante:

[TRADUCTION] À ces deux égards, l'interception normale sur le bord de la route s'apparente davantage à ce qu'on appelle l'«interpellation de type Terry» [. . .] qu'à une arrestation proprement dite. Nous avons déjà statué relativement au Quatrième amendement qu'un policier qui n'a pas de motifs probables pour agir mais dont les «observations l'amènent à soupçonner raisonnablement» qu'une personne en particulier a commis, est en train de commettre ou est sur le point de commettre un crime peut détenir cette personne pendant une courte période afin de «faire enquête sur les circonstances qui ont éveillé ses soupçons [. . .] [L]'interception et l'enquête doivent «avoir un lien raisonnable avec leur justification.» [. . .] Cela veut dire normalement qu'il est permis au policier de poser à la personne détenue un nombre modéré de questions visant à établir son identité et à essayer d'obtenir des renseignements confirmant ou dissipant ses soupçons. La personne détenue n'est toutefois pas tenue d'y répondre. Et, à moins que ses réponses ne fournissent au policier un motif probable de procéder à son arrestation, elle doit alors être mise en liberté. C'est la nature relativement peu menaçante de ce genre de détentions qui explique pourquoi nous ne disons pas dans nos motifs que les interpellations de type Terry sont soumises aux préceptes de l'arrêt Miranda. Le caractère tout aussi non coercitif des interceptions ordinaires sur le bord de la route nous incite à affirmer que les personnes temporairement détenues par suite d'une telle interception ne se trouvent pas «en détention» au sens de l'arrêt Miranda. [Je souligne.]

De plus, le juge Marshall n'a pas été sans reconnaître les conséquences pratiques qui en découleraient si la mise en garde Miranda était requise dans toutes les situations de ce genre. Il ajoute, à la p. 441:

[TRADUCTION] [Cela] entraverait considérablement l'application des lois du pays concernant la circulation routière—la police se verrait en effet obligée soit de prendre le temps d'informer tous les automobilistes détenus de leurs droits constitutionnels, soit de renoncer à l'utilisation de toute déclaration incriminante faite par ces automobilistes—tout en contribuant peu à la protection des droits dont jouissent les citoyens aux termes du Cinquième amendement.

The comments of the Seventh Circuit Court of Appeals in *United States v. Serna-Barreto*, 842 F.2d 965 (1988), at p. 966, are also appropriate:

The reason for creating the intermediate category, the investigatory stop, is not merely the appealing symmetry of a "sliding-scale" approach—though that is relevant, since it is common sense that if the Fourth Amendment is intended to strike a balance between the interest of the individual in being left alone by the police and the interest of the community in being free from the menace of crime, the less the interest of the individual is impaired the less the interest of the community need be impaired to justify the restraint. But beyond that, it is hard to see how criminal investigations could proceed if the police could never restrict a suspect's freedom of action, however briefly, without having probable cause to make an arrest. [Emphasis added.]

This position would seem to echo that expressed in G. S. Garneau, "The Application of Charter Rights to the Interrogation Process" (1986), 35 *U.N.B.L.J.* 35, at pp. 39-40:

As long as detention is seen to follow arrest in interrogation situations, the application of the *Charter* provisions results in a very low cost to effective law enforcement. . . . However, if detention is determined to exist short of arrest, notice may result in a choice by the individual to exercise the right to counsel before the grounds for arrest are established, which in most cases will tend to have a chilling effect on the interrogation process.

The case for the existence of a post-contact but pre-arrest point at which the full range of constitutional protections are not yet brought to bear would seem to rest, however, not just on the basis of administrative expediency but also on simple common sense. G. E. Dix, in "Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law", [1985] *Duke L.J.* 849, at p. 950, notes:

Questioning of a detainee before grounds for arrest developed should be recognized as different from post-arrest questioning. To some extent, the risk of self-incrimination is less—answers will often be purely

Les observations de la Seventh Circuit Court of Appeals dans l'affaire *United States v. Serna-Barreto*, 842 F.2d 965 (1988), à la p. 966, sont également pertinentes:

[TRADUCTION] La création d'une catégorie intermédiaire, celle de l'interpellation aux fins d'enquête, ne tient pas simplement à l'attrayante symétrie de la méthode de l'«échelle variable», quoique cela soit pertinent, car le bon sens nous dit que, si le Quatrième amendement vise à établir un équilibre entre l'intérêt du particulier à ne pas être importuné par la police et l'intérêt de la collectivité à ne pas être exposée à la menace du crime, moins il est porté atteinte à l'intérêt du particulier, moins il est nécessaire qu'une atteinte soit portée à l'intérêt collectif pour que la restriction soit justifiée. Au-delà de ce facteur, cependant, on conçoit mal comment des enquêtes criminelles pourraient être menées si la police ne pouvait jamais limiter la liberté de mouvement d'un suspect, fût-ce le moins longtemps possible, sans avoir de motif probable d'effectuer une arrestation. [Je souligne.]

Ce point de vue semble reprendre celui exprimé dans G. S. Garneau «The Application of Charter Rights to the Interrogation Process» (1986), 35 *U.N.B.L.J.* 35, aux pp. 39 et 40:

[TRADUCTION] Dans la mesure où la détention est considérée comme faisant suite à l'arrestation dans les cas où il y a interrogatoire, l'application des dispositions de la *Charte* nuit très peu à l'application efficace de la loi [. . .] Si toutefois on conclut qu'il y a eu détention sans arrestation, la mise en garde peut faire en sorte que l'intéressé décidera d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat avant que ne soient établis les motifs d'arrestation, ce qui tendrait, dans la plupart des cas, à avoir un effet de douche froide sur le processus d'interrogation.

L'argument en faveur de l'existence d'un moment, postérieur au contact initial mais antérieur à l'arrestation, auquel on ne bénéficie pas encore de la totalité des protections constitutionnelles semble toutefois reposer non pas uniquement sur un souci de commodité administrative, mais aussi sur le simple bon sens. G. E. Dix, dans «Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law», [1985] *Duke L.J.* 849, fait remarquer ceci, à la p. 950:

[TRADUCTION] L'interrogatoire d'un détenu, avant que ne soient établis des motifs d'arrestation, devrait être reconnu comme étant différent de l'interrogatoire qui suit l'arrestation. Dans une certaine mesure, le risque de

exculpatory—while the justification for questioning is greater—officers need to develop information on which to decide how to respond to rapidly developing field situations. In addition, the pressure on a detainee to abandon rational self-interest for self-incrimination is probably less, at least to the extent that the detainee is aware of the nature of the detention. No *Miranda*-like prophylactic requirements, therefore, should be imposed on questions asked before grounds for arrest develop. [Emphasis added.]

and, according to S. Woods, “Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovations” (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 153, at p. 168:

This makes sense conceptually. During the investigatory phase the individual is free to do as he wishes. A person may be suspected of having committed a crime, but prior to his arrest legally he is in the same position as every other citizen. Similarly within the limits of the law, police may conduct their investigation as they wish, including tactics which involve the use of undercover agents. The arrest of the suspect alters this situation fundamentally. The suspect is no longer like any other citizen, he has been identified by the police as an alleged criminal. His freedom is curtailed by the charge against him. Similarly arrest changes the position of the police. Under our system of law people may not be arrested without reasons substantiated by evidence. Arrest thus changes the position of both parties by commencing the adversary process. Investigation ceases and the judicial process commences.

(b) England and Wales

The question of preliminary investigatory detention as we know it is not dealt with in the English system of criminal procedure, although the provisions concerning detention consequent to arrest create a *de facto* position which, in some ways, is similar to that which we have already seen in the United States.

s’incriminer soi-même est moins grand (les réponses seront souvent de nature purement disculpatoire), tandis que l’interrogatoire se justifie davantage (les policiers ont besoin de recueillir des renseignements qui leur permettront de décider comment réagir face à des situations qui évoluent rapidement). En outre, le détenu se sent probablement moins poussé à abandonner un souci rationnel de son propre intérêt en s’incriminant lui-même, du moins dans la mesure où il est conscient de la nature de la détention. Il n’y a donc pas lieu de soumettre les questions posées avant que ne soient établis des motifs d’arrestation à des exigences protectrices comme celles dont il est question dans l’arrêt *Miranda*. [Je souligne.]

De plus, d’après S. Woods dans «Interrogation Law and the *Charter*: An American Plan for the Renovations» (1985), 43 *U.T. Fac. L. Rev.* 153, à la p. 168:

[TRADUCTION] Cela a du bon sens sur le plan conceptuel. Pendant le déroulement de l’enquête, l’individu est libre d’agir à sa guise. Une personne peut être soupçonnée d’avoir commis un crime, mais antérieurement à son arrestation, sa situation juridique est identique à celle de tout autre citoyen. De même, dans les limites prescrites par la loi, la police peut mener son enquête comme bon lui semble, ce qui comprend notamment le recours à des agents d’infiltration. L’arrestation du suspect vient cependant changer fondamentalement cette situation. Le suspect n’est plus un citoyen comme n’importe lequel autre; il a été identifié par la police comme un prétendu criminel. L’accusation portée contre lui entraîne la restriction de sa liberté. L’arrestation modifie également la situation de la police. Dans notre système de droit, nul ne peut être arrêté en l’absence de motifs fondés sur des éléments de preuve. L’arrestation vient donc modifier la situation des deux parties en mettant en branle le processus des débats contradictoires. L’enquête prend fin et le processus judiciaire commence.

(b) L’Angleterre et le Pays de Galles

La question de la détention préliminaire pour fins d’enquête telle que nous la connaissons est passée sous silence dans le système anglais de procédure criminelle, quoique les dispositions relatives à la détention subséquente à l’arrestation créent dans les faits une position qui est, à certains égards, similaire à celle dont nous avons déjà constaté l’existence aux États-Unis.

The *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (as amended) creates rather broad grounds for arrest which include the following:

24. . . .

(6) Where a constable has reasonable grounds for suspecting that an arrestable offence has been committed, he may arrest without a warrant anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be guilty of the offence.

(7) A constable may arrest without a warrant—

(a) anyone who is about to commit an arrestable offence;

(b) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an arrestable offence.

Then, once arrested a determination is made by the police whether or not they have enough evidence to lay a charge (s. 37). However, pursuant to s. 42 and following, the detained person may actually remain in a post-arrest but pre-charge state for up to 36 hours subject to numerous limitations.

Sections 56 and 58 stipulate that while in custody the detainee will be permitted to contact a friend or to speak with a solicitor but that this right may be overridden for a maximum of thirty-six hours in the case of a serious arrestable offence if such a delay is authorized by an officer of at least the rank of Superintendent or Inspector. This may only be done in certain circumstances, however. Those circumstances include where contact would lead to interference with evidence or to injury to other persons, where it would lead to the alerting of other persons also suspected of committing such an offence, where it would hinder the recovery of property obtained pursuant to the commission of the offence, or where the detainee is suspected of drug trafficking and contact will hinder the recovery of the proceeds of this drug trafficking. See also: M. Berger, "Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations" (1990), 24 *U. Mich. J.L. Ref.* 1, at pp. 24-35; S. Coughlan, "Police Detention for Questioning: A Proposal" (1986), 28 *Crim. L.Q.* 64 and 170, at pp. 182-85; M. Iller and G. Goodwin, *Criminal Liti-*

The *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60 (et modifications) prévoit des motifs d'arrestation de portée assez générale, dont les suivants:

[TRADUCTION] 24. . . .

(6) qu'un policier a des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction donnant lieu à arrestation a été commise, il peut arrêter sans mandat toute personne qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, d'être coupable de l'infraction.

(7) Un policier peut arrêter sans mandat—

a) quiconque est sur le point de commettre une infraction donnant lieu à arrestation;

b) toute personne qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, d'être sur le point de commettre une infraction donnant lieu à arrestation.

Puis, une fois l'arrestation effectuée, la police décide si elle dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour porter une accusation (art. 37). Aux termes des art. 42 et suivants, toutefois, et sous réserve de nombreuses restrictions, le détenu peut en fait demeurer pendant jusqu'à 36 heures en état d'arrestation avant qu'une accusation ne soit portée.

Les articles 56 et 58 prévoient que, pendant la détention, il doit être permis au détenu de communiquer avec un ami ou de parler avec un avocat, mais qu'il peut être dérogé à ce droit pendant une durée maximale de trente-six heures dans le cas d'une infraction grave donnant lieu à arrestation, pourvu qu'une telle dérogation soit autorisée par un agent possédant au moins le grade de surintendant ou d'inspecteur. Cela ne peut cependant se faire que dans certaines circonstances. C'est, notamment, le cas lorsque la mise en communication entraînerait une ingérence dans la preuve ou causerait un préjudice à autrui, lorsqu'elle aurait pour conséquence d'avertir d'autres personnes également soupçonnées d'avoir commis une telle infraction, lorsqu'elle gênerait le recouvrement de biens obtenus par suite de la perpétration de l'infraction ou lorsque le détenu est soupçonné d'avoir fait le trafic de stupéfiants et que la mise en communication entravera le recouvrement du produit de ce trafic. Voir aussi M. Berger, «Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations» (1990), 24 *U. Mich. J.L.*

gation (1985), at pp. 49-81; and *Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (43rd ed. 1988), at paras. 15-36 to 15-39.

(c) Australia

The predominant view in Australia would appear to be that the common law does not guarantee the right to counsel to someone under suspicion of having committed an offence. The Australian Law Reform Commission, for example, in *Criminal Investigation* (Report No. 2 1975), at para. 105, stated:

The right to consult with a lawyer during the course of pre-trial police investigations is one of those traditionally claimed civil rights to which almost universal obedience is paid in principle, but which is greeted with very great circumspection in practice by law enforcement authorities. The 'right' has no constitutional or statutory backing in Australia. It cannot be said to have more than the most marginal support from the common law. [Emphasis added.]

Similarly, Sallmann and Willis in *Criminal Justice in Australia* (1984), at p. 31, conclude:

The result is that the police are free as a matter of law to refuse a suspect access to a lawyer, and they can do so in the knowledge that there may not be any direct adverse impact on their case as a result.

See also: New South Wales Law Reform Commission, *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals* (1987), at p. 33.

Some of the Australian states have not seen fit to alter the common law position. Queensland's *Criminal Code Act 1899*, 63 Vict. No. 9, as amended, seems only to provide that a person who has been arrested is to be brought before a justice forthwith to be dealt with according to law. Similarly, see Tasmania's *Criminal Code Act 1924*, 14 Geo. V No. 69, and *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act* (1976) No. 30. And, given the fact that it

Ref. 1, aux pp. 24 à 35, S. Coughlan, «Police Detention for Questioning: A Proposal» (1986), 28 *Crim. L.Q.* 64 et 170, aux pp. 182 à 185, M. Iller et G. Goodwin, *Criminal Litigation* (1985), aux pp. 49 à 81, et *Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* (43^e éd. 1988), aux alinéas 15-36 à 15-39.

^b c) L'Australie

Il semblerait que le point de vue prédominant, en Australie, soit que la common law ne garantit pas le droit à l'assistance d'un avocat à la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction. Par exemple, la Commission de réforme du droit de l'Australie, dans *Criminal Investigation* (rapport n° 2 1975), affirme à l'alinéa 105:

^d [TRADUCTION] Le droit de consulter un avocat pendant les enquêtes policières préalables au procès est l'un des droits civiques traditionnellement invoqués qui est respecté presque universellement en principe, mais qui soulève beaucoup de circumspection en pratique chez les autorités chargées d'appliquer la loi. Ce «droit» ne jouit ^e d'aucun appui constitutionnel ou légal en Australie. On ne saurait dire qu'il a plus que l'appui très précaire de la common law. [Je souligne.]

^f De même, dans *Criminal Justice in Australia* (1984), Sallmann et Willis concluent, à la p. 31:

^g [TRADUCTION] Il s'ensuit que les policiers sont, sur le plan du droit, libres de refuser à un suspect l'accès à un avocat et ils peuvent le faire en sachant qu'il se peut qu'il n'y ait, en conséquence, aucun effet direct préjudiciable sur leur preuve.

^h Voir aussi: Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles du Sud, *Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals* (1987), à la p. 33.

ⁱ Certains États australiens n'ont pas jugé bon de modifier la position de la common law. Le *Criminal Code Act 1899* du Queensland, 63 Vict. No. 9, tel que modifié, ne semble que prévoir que la personne arrêtée doit être emmenée sur-le-champ devant un juge afin qu'il en dispose conformément à la loi. De même, voir le *Criminal Code Act 1924*, 14 Geo. V No. 69, et le *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act* (1976) No. 30 de la

appears highly doubtful that a right to counsel otherwise exists in Australia, it ought not to be surprising that the question of when a person is detained for the purposes of deciding when a warning of that right needs to be issued would arise infrequently.

Other states have altered the common law position significantly. For example, Victoria's *Crimes Act 1958* was amended by the *Crimes (Custody and Investigation) Act 1988*, No. 37. Section 464C now provides as follows:

464C. (1) Before any questioning or investigation under section 464A(2) commences, an investigating official must inform the person in custody that he or she—

(b) may communicate with or attempt to communicate with a legal practitioner—

Not unlike the English legislation I have already examined, the same section goes on to provide, however, that the investigating official may deny communication if he or she is of the opinion that the communication would result in the escape of an accomplice or the fabrication or destruction of evidence, or that the questioning is of an urgent nature having regard to the safety of other people.

Custody, and therefore the point at which the rights above are triggered, is defined as follows:

464. (1) For the purposes of this Subdivision a person is in custody if he or she is—

(a) under lawful arrest by warrant; or

(b) under lawful arrest under section 458 or 459 or a provision of any other Act; or

(c) in the company of an investigating official and is—

(i) being questioned; or

(ii) to be questioned; or

(iii) otherwise being investigated—

to determine his or her involvement (if any) in the commission of an offence if there is sufficient

Tasmanie. Et, compte tenu du fait qu'il semble très douteux que le droit à l'assistance d'un avocat existe par ailleurs en Australie, on ne devrait pas s'étonner que la question de savoir quand une personne est détenue, afin de décider quand il faut l'informer de ce droit, ne se pose pas souvent.

D'autres États ont modifié sensiblement la position de la common law. Par exemple, le *Crimes Act 1958* de Victoria a été modifiée par le *Crimes (Custody and Investigation) Act 1988*, No. 37. L'article 464C prévoit maintenant ce qui suit:

[TRADUCTION] 464C. (1) Avant de procéder à un interrogatoire ou à une enquête en vertu du paragraphe 464A(2), le policier enquêteur doit informer la personne détenue qu'elle—

b) peut communiquer ou tenter de communiquer avec un avocat—

Cependant, à l'instar de la loi anglaise que j'ai déjà examinée, cette même disposition prévoit ensuite que le policier enquêteur peut refuser de permettre la communication avec un avocat s'il est d'avis que cette communication permettrait à un complice de s'échapper, qu'elle entraînerait la fabrication ou la destruction d'éléments de preuve ou que l'interrogatoire est urgent eu égard à la sécurité d'autrui.

La détention, et donc le moment où l'application des droits susmentionnés est déclenchée, est ainsi définie:

[TRADUCTION] 464. (1) Aux fins de la présente subdivision, une personne est détenue

a) si elle est arrêtée légalement en vertu d'un mandat; ou

b) si elle est arrêtée légalement en vertu de l'article 458 ou 459 ou d'une disposition d'une autre loi; ou

c) si elle est en compagnie d'un policier enquêteur et—

(i) est interrogée; ou

(ii) doit être interrogé; ou

(iii) est soumise à quelque autre forme d'enquête—

en vue de déterminer si et comment elle a participé à la perpétration d'une infraction, si le policier

information in the possession of the investigating official to justify the arrest of that person in respect of that offence. [Emphasis added.]

but what would therefore appear to confer broad powers of detention upon law enforcement officials is later narrowed by s. 464I, which warns:

464I. Nothing in sections 464 to 464H confers a power to detain against his or her will a person who is not under arrest.

I note also that comparable legislation has been enacted in South Australia under the *Police Offences Act Amendment Act, 1985* (No. 46); see in particular ss. 32 and 34.

(4) *Law Reform Commissions*

The question of preliminary investigatory detention for questioning was considered by the Australian Law Reform Commission in *Criminal Investigation*, *supra*, where the majority of the members, at para. 66, concluded:

... a police officer should not question any person whom he thinks might be the author of a serious crime, nor seek to have that person go to a police station or anywhere else for the purpose of attempting to procure evidence against him, without previously advising him of his legal rights ...

There was a dissenting voice however. The minority, at para. 72, was of the view that:

... a police officer at an early stage of the investigation ought to be able freely to pursue his inquiries from all citizens, whether suspected or not. ... the giving of the warning and the request for the written acknowledgment by the person who may conceivably be implicated in an offence will impede adequate and proper police investigation.

A similar note was sounded in Scotland where, in a report prepared for the Secretary of State, *Criminal Procedure in Scotland* (Second Report) (1975), at para. 3.13, a period of investigatory detention was also advocated:

Clearly the police should not be entitled to arrest anyone they want to interview but it seems plainly wrong, for

enquêteur dispose de suffisamment de renseignements pour justifier l'arrestation de cette personne relativement à cette infraction. [Je souligne.]

Toutefois, ce qui semblerait, en conséquence, conférer de larges pouvoirs de détention aux agents chargés d'appliquer la loi est ensuite restreint par l'art. 464I qui fait la mise en garde suivante:

[TRADUCTION] 464I. Rien dans les articles 464 à 464H ne confère le pouvoir de détenir contre son gré une personne qui n'est pas en état d'arrestation.

Je souligne également que des dispositions législatives comparables ont été adoptées en Australie-Méridionale dans la *Police Offences Act Amendment Act, 1985* (No. 46): voir notamment les art. 32 et 34.

(4) *Les commissions de réforme du droit*

La question de la détention préliminaire pour fins d'interrogatoire dans le cadre d'une enquête a été étudiée par la Commission de réforme du droit de l'Australie dans *Criminal Investigation*, précité, où la majorité des membres a conclu, à l'alinéa 66:

[TRADUCTION] ... un policier ne devrait pas, sans l'informer préalablement de ses droits, interroger une personne qu'il croit être l'auteur d'un crime grave, ni essayer de conduire cette personne au poste de police ou ailleurs pour tenter d'obtenir des éléments de preuve destinés à être utilisés contre elle ...

Il y a eu toutefois eu une dissidence. En effet, la minorité, à l'alinéa 72, a estimé que:

[TRADUCTION] ... un policier devrait, pendant la phase initiale de l'enquête, pouvoir être libre d'interroger tout citoyen, qu'il soit ou non au nombre des suspects [...] la mise en garde à une personne qui a peut-être participé à une infraction et la demande qui lui est faite de reconnaître par écrit qu'elle a reçu cette mise en garde sont susceptibles de gêner la tenue d'une enquête adéquate et convenable par la police.

Une opinion analogue a été exprimée en Écosse où, dans un rapport préparé pour le secrétaire d'État et intitulé *Criminal Procedure in Scotland* (Second Report) (1975), à l'alinéa 3.13, l'on préconise une période de détention pour fins d'enquête:

[TRADUCTION] Évidemment, il ne devrait pas être permis à la police d'arrêter toute personne qu'elle veut interro-

example, that a suspected violent criminal with significant evidence on his clothing has to be left at large while the police seek other evidence of his guilt sufficient to entitle them to charge. [Emphasis added.]

The period of detention, according to the Commission, was to be no longer than was necessary in the interests of justice and should not, in any event, exceed a fixed period of time (six hours) at the end of which the person would either be charged or released (3.15 and 3.25). An officer would only be able to detain the person where he or she had reasonable cause to suspect that the person had committed an offence for which there already existed the power to arrest without warrant (3.16) and there would be no general right to the assistance of counsel during the detention although this would be overridden if the police intended to search body cavities or take physical samples (3.24).

This position was not retained by our Canadian Law Reform Commission. In *Arrest* (Report 29) (1986), at p. 20, the Commission cautioned against the creation of any sort of intermediate position between arrest and complete liberty, arguing that either someone ought to be arrested and entitled to the full gamut of legal guarantees which that state entails, or they ought to be explicitly cautioned that their assistance is entirely voluntary. It is my respectful contention, however, that a balance which takes the rights of a possible suspect into account yet which protects the public at large by fulfilling reasonable expectations about law enforcement may be found by moving closer to the American position. In my view, a large-scale endorsement of Le Dain J.'s third scenario in *Therens* would take Canadian justice to a point where the former interest, albeit a vitally important one, would be protected to the great detriment and complete neglect of the latter. The *Charter* cannot be interpreted in a manner which produces such an anomalous and unbalanced stance. Adopting a brief period of investigatory detention anterior to the point at which the full extent of the *Charter* rights take hold combines common sense and practicality while still being sufficiently sensitive to the protection of

ger, mais il semble manifestement injuste, par exemple, qu'une personne soupçonnée d'être l'auteur d'un crime violent, qui a sur ses vêtements d'importants éléments de preuve, doive être laissée en liberté pendant que la police cherche d'autres preuves de sa culpabilité qui soient suffisantes pour fonder une accusation. [Je souligne.]

La durée de la détention, d'après la Commission, ne devrait pas être plus longue que nécessaire dans l'intérêt de la justice et, de toute façon, ne devrait pas dépasser une période déterminée (six heures), au bout de laquelle la personne serait soit accusée, soit relâchée (3.15 et 3.25). Un policier ne pourrait détenir la personne que s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que celle-ci a commis une infraction à l'égard de laquelle il existait déjà un pouvoir d'effectuer une arrestation sans mandat (3.16) et il n'y aurait aucun droit général à l'assistance d'un avocat pendant cette détention, sauf si la police entendait fouiller les cavités corporelles ou faire des prélèvements physiques (3.24).

Cette position n'a pas été retenue par notre Commission de réforme du droit du Canada. Dans *L'arrestation* (rapport 29) (1986), aux pp. 22 et 23, la Commission, en mettant en garde contre la création de quelque moyen terme que ce soit entre l'arrestation et la liberté totale, a soutenu qu'une personne devrait soit être arrêtée et bénéficier ainsi de toute la gamme des garanties juridiques propres à cet état, soit être informée explicitement que sa coopération est absolument volontaire. J'estime cependant, pour ma part, qu'en se rapprochant de la position américaine, on pourrait établir un équilibre qui tienne compte des droits d'un suspect éventuel et qui protège en même temps le grand public en répondant à ses attentes raisonnables en matière d'application de la loi. À mon avis, l'acceptation sans nuance de la troisième hypothèse envisagée par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* ferait en sorte que, dans le système judiciaire canadien, le premier intérêt, quoique d'une importance vitale, serait protégé au grand détriment et au complet abandon du second. Or, la *Charte* ne saurait être interprétée de façon à produire un résultat aussi tranché et dépourvu de nuances. Permettre une courte période de détention préliminaire dans la poursuite d'une enquête antérieurement au

individual rights as guaranteed by our *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Conclusion

In my opinion it is neither sound constitutional interpretation nor sound constitutional policy for the s. 10(b) rights guaranteed in the *Charter* to be required at every instance where a citizen may feel, rightly or wrongly, psychological compulsion in the presence of a police officer. It is clear to me that the rights guaranteed therein should be rendered active, if I may use those terms, at a point much later in the process—after a period where the police have an opportunity to assess the situation which confronts them, to identify possible witnesses and suspects, and to confirm the initial information they receive. With respect to those who hold a contrary view, it would seem to me to be misguided to require the police to issue warnings pursuant to s. 10(b) to all the people they meet at the scene of an accident, or, as in the case currently before us, after they receive a call and must investigate some kind of a disturbance, on the off-chance that someone with whom they communicate may feel some kind of compulsion and make a self-incriminating statement.

While Professors de Montigny and Stuart may have legitimate concerns over the rights of a future accused in the proceedings prior to the laying of a charge, these concerns seem to me to be misplaced at such an early stage of an investigation and should not result in the obliteration of values which are equally important. As Justice Benjamin Cardozo remarked in *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934), at p. 122:

The law, as we have seen, is sedulous in maintaining for a defendant charged with crime whatever forms of procedure are of the essence of an opportunity to defend. Privileges so fundamental as to be inherent in every concept of a fair trial that could be acceptable to the thought of reasonable men will be kept inviolate and inviolable, however crushing may be the pressure of incriminating proof. But justice, though due to the

moment où commence à jouer la plénitude des droits conférés par la *Charte*, c'est faire preuve, à mon avis, de bon sens et d'esprit pratique tout en se montrant suffisamment soucieux de protéger les droits individuels garantis par notre *Charte canadienne des droits et libertés*.

Conclusion

Selon moi, ce n'est pas adopter une interprétation correcte ni de saine politique judiciaire que d'accorder les droits garantis par l'al. 10b) de la *Charte* dans chaque cas où un citoyen peut, à tort ou à raison, se sentir soumis à une contrainte psychologique en présence d'un agent de police. Il me paraît évident que les droits en question devraient entrer en jeu, si je puis m'exprimer ainsi, plus tard dans le processus, c'est-à-dire après que la police a eu la possibilité d'apprécier la situation à laquelle elle se trouve confrontée, d'identifier d'éventuels témoins et suspects et de confirmer les premiers renseignements reçus. Sauf le respect que je dois aux tenants du point de vue contraire, il me semble peu judicieux d'exiger que les policiers mettent en garde, conformément à l'al. 10b), toutes les personnes qu'ils rencontrent sur les lieux d'un accident ou, comme en l'espèce, après avoir été appelés à faire enquête sur un incident quelconque, au cas où quelqu'un avec qui ils communiquent se sentirait soumis à une sorte de contrainte et ferait une déclaration incriminante.

Quoique les professeurs de Montigny et Stuart, puissent entretenir des craintes légitimes en ce qui concerne le respect des droits d'un futur accusé dans le cadre des procédures préalables au dépôt d'une accusation, ces craintes me semblent déplacées à ce stade tout à fait préliminaire et ne devraient pas entraîner l'anéantissement de valeurs tout aussi importantes. Ainsi qu'en a fait la remarque le juge Benjamin Cardozo dans l'arrêt *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97 (1934), à la p. 122:

[TRADUCTION] Le droit, nous l'avons déjà constaté, s'attache à mettre à la disposition d'un défendeur accusé d'un crime toutes les formes de procédure qui sont de nature à lui permettre de se défendre. Des privilèges à ce point fondamentaux qu'ils sont inhérents à toute notion d'un procès équitable qui pourrait être acceptable pour des hommes raisonnables demeureront inviolés et inviolables, pour écrasant que soit le poids d'une preuve

accused, is due to the accuser also. The concept of fairness must not be strained till it is narrowed to a filament. We are to keep the balance true. [Emphasis added.]

The American experience in the area has shown, I think, that there is a middle ground where the concerns expressed above may co-exist with effective law enforcement. To adopt a position which prevents state agents from attempting to gain any sort of information whatsoever from those persons whom, as a matter of simple common sense, they would routinely be expected to question would be to confuse constitutional vigilance with paranoia. We must be careful not to leave this common sense at the doorstep when we are called on to interpret the *Charter*.

Application to the Facts at Bar

On the facts of this case, I would hold that the appellant was not detained within the meaning of s. 10(b) when he made the statements in question to the police officers. There was, therefore, no violation and no need to proceed to the stage of deciding whether or not the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. However, should I be mistaken on this view of the law, I would still hold that pursuant to the criteria set down in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the statements ought not to have been excluded under s. 24(2) since their admission, in my view, would not bring the administration of justice into disrepute and render the trial unfair.

For these reasons I am in agreement with the courts below and would dismiss this appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Smart & Associates, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

incriminante. Mais justice, bien qu'elle doive être rendue à l'accusé, doit l'être également à l'accusateur. Le concept d'équité ne doit pas être poussé à l'excès. Il est de notre devoir de maintenir un juste équilibre. [Je souligne.]

L'expérience américaine dans ce domaine démontre, je crois, qu'il existe un moyen terme qui tient compte à la fois des préoccupations énoncées ci-dessus et de l'application efficace de la loi. Ce serait confondre vigilance constitutionnelle et paranoïa que d'adopter une position qui empêcherait les agents de l'État de tenter d'obtenir quelque renseignement que ce soit de personnes qu'on s'attendrait tout naturellement, selon le simple bon sens, à voir interrogées par eux. Il n'est pas dit qu'on doive abandonner ce bon sens lorsque nous sommes appelés à interpréter la *Charte*.

Application aux faits de l'espèce

Compte tenu des faits de la présente affaire, je concluais que l'appellant n'était pas détenu au sens de l'al. 10b) lorsqu'il a fait les déclarations en question aux agents de police. Il n'y a eu, en conséquence, aucune violation et il n'est donc pas nécessaire de passer à l'étape qui consiste à décider si l'admission des éléments de preuve en question serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Toutefois, même si j'avais tort dans ma vision du droit, je concluais tout de même que, suivant les critères établis dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, les déclarations n'auraient pas dû être écartées en vertu du par. 24(2) puisque leur admission, selon moi, n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et de rendre le procès inéquitable.

Pour ces motifs, je souscris à l'opinion des tribunaux d'instance inférieure et je rejeterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissident.

Procureurs de l'appellant: Smart & Associates, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Stephen Joseph McCraw *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. McCRAW

File No.: 21684.

1991: June 4; 1991: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Threats — Rape threat — Accused writing letters to football cheerleaders threatening to have sexual intercourse with them even if he had to rape them — Whether letters contained a threat to cause serious bodily harm — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

The accused was charged with three counts of threatening to cause serious bodily harm contrary to s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*. He had written anonymous letters to three football cheerleaders graphically detailing various sexual acts which he wished to perform upon them and concluded each with a threat that he would have sexual intercourse with them "even if I have to rape you". At trial, the three complainants testified that the letters frightened them to the extent that they no longer felt safe when they were alone. The trial judge found that the threat of rape did not constitute a threat to cause serious bodily harm and acquitted the accused. The majority of the Court of Appeal reversed the judgment and entered a conviction on the three counts.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge erred in concluding that the threat to rape contained in the letters did not constitute a threat to cause serious bodily harm. For the purposes of s. 264.1(1)(a) of the *Code*, "serious bodily harm" means any hurt or injury, whether physical or psychological, that interferes in a substantial way with the integrity, health or well-being of a victim. To determine whether spoken or written words constitute a threat to cause serious bodily harm — an issue of law and not of fact —

Stephen Joseph McCraw *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. McCRAW

N^o du greffe: 21684.

^b

1991: 4 juin; 1991: 26 septembre.

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

^c

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

Droit criminel — Menaces — Menace de viol — L'accusé a écrit des lettres à des meneuses de claqué de football et a menacé d'avoir des rapports sexuels avec elles même s'il devait les violer — Les lettres contenaient-elles une menace de causer des blessures graves? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)(a).

^e

L'accusé a été inculpé en vertu de trois chefs d'accusation de menaces de causer des blessures graves en contravention de l'al. 264.1(1)(a) du *Code criminel*. Il a écrit des lettres anonymes à trois meneuses de claqué qui décrivaient en détail divers actes sexuels qu'il désirait accomplir avec elles et a conclu chaque lettre par une menace d'avoir des rapports sexuels avec elles «même si je dois te violer». Au procès, les trois plaignantes ont déposé que les lettres les avaient effrayées au point qu'elles ne se sentaient désormais plus en sécurité lorsqu'elles étaient seules. Le juge du procès a conclu que la menace de viol ne constituait pas une menace de causer des blessures graves et a acquitté l'accusé. La Cour d'appel à la majorité a infirmé le jugement et a déclaré l'accusé coupable en vertu des trois chefs d'accusation.

^h

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la menace de viol contenue dans les lettres ne constituait pas une menace de causer des blessures graves. Aux fins de l'al. 264.1(1)(a) du *Code*, l'expression «blessures graves» signifie toute blessure ou lésion, physique ou psychologique qui nuit d'une manière importante à l'intégrité, à la santé ou au bien-être d'une victime. Pour déterminer si des termes écrits ou prononcés constituent une menace de causer des blessures

they must be looked at in the context in which they were spoken or written, in light of the person to whom they were addressed and the circumstances in which they were uttered. They should be viewed in an objective way and the meaning attributed to the words should be that which a reasonable person would give to them. A threat to rape may, depending on the context and circumstances, constitute a threat to cause serious bodily harm. Rape is an act of violence, not just a sexual act. It is a crime that is likely to have serious psychological consequences and may, as well, have serious physical effects.

In the present case, the rape threat made by the accused contravenes s. 264.1(1)(a) of the *Code*. In the context of all the words written and having regard to the person to whom they were directed, there is no doubt that the questioned words would convey a threat of serious bodily harm to a reasonable person. The words used to express the threat were clear and the letters as a whole could have no other meaning than that these three young women would be subjected to rape — forcible sexual penetration without consent through the use of violence or threats of violence. The evidence of the complainants coupled with a review of the words of the letter inevitably led to the conclusion that the accused had knowingly uttered a threat to cause the complainants serious bodily harm.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Nabis*, [1975] 2 S.C.R. 485; *R. v. LeBlanc*, [1989] 1 S.C.R. 1583; *R. v. Billam* (1986), 8 Cr. App. R.(S.) 48.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 243.4(1)(a) [ad. 1985, c. 19, s. 39].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 264.1(1)(a) [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 38], 267(2), 268, 273, 752.

Authors Cited

Burgess, Ann Wolbert. "Rape Trauma Syndrome" (1983), 1:3 *Behavioral Sciences and the Law* 97.
 Giacopassi, David J. and Karen R. Wilkinson. "Rape and the Devalued Victim" (1985), 9 *Law and Human Behavior* 367.
 Herd, Charles H. "Criminal Law: Kansas Recognizes Rape Trauma Syndrome" (1985), 24 *Washburn L.J.* 653.

graves — une question de droit et non de fait — ils doivent être examinés dans le contexte dans lequel ils ont été prononcés ou écrits, compte tenu de la personne à qui ils s'adressaient et des circonstances dans lesquelles ils ont été proférés. Ils doivent être examinés d'une manière objective et la signification attribuée aux termes devrait être celle que leur donnerait une personne raisonnable. Une menace de viol peut, selon le contexte et les circonstances, constituer une menace de commettre des blessures graves. Le viol est un acte de violence, pas simplement un acte sexuel. C'est un crime susceptible d'avoir des conséquences psychologiques graves et d'avoir, également, des effets physiques graves.

En l'espèce, la menace de viol proférée par l'accusé contrevient à l'al. 264.1(1)a) du *Code*. Dans le contexte de tous les termes écrits et compte tenu de la personne à qui ils s'adressaient, il est évident que les termes visés constituent, pour une personne raisonnable, une menace de blessures graves. Les termes utilisés pour exprimer la menace étaient clairs et les lettres dans leur ensemble ne pouvaient avoir d'autre signification que celle que ces trois jeunes femmes seraient soumises à un viol — une pénétration sexuelle de force sans consentement par l'utilisation de la violence ou de la menace de violence. La preuve des plaignantes, conjuguée à l'examen des termes de la lettre, mène inévitablement à la conclusion que l'accusé a sciemment proféré une menace de causer des blessures graves aux plaignantes.

f Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485; *R. c. LeBlanc*, [1989] 1 R.C.S. 1583; *R. v. Billam* (1986), 8 Cr. App. R.(S.) 48.

g

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)a) [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 38], 267(2), 268, 273, 752.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 243.4(1)a) [aj. 1985, ch. 19, art. 39].

Doctrine citée

Burgess, Ann Wolbert. «Rape Trauma Syndrome» (1983), 1:3 *Behavioral Sciences and the Law* 97.
 Giacopassi, David J. and Karen R. Wilkinson. «Rape and the Devalued Victim» (1985), 9 *Law and Human Behavior* 367.
 Herd, Charles H. «Criminal Law: Kansas Recognizes Rape Trauma Syndrome» (1985), 24 *Washburn L.J.* 653.

Mahoney, Kathleen. "R. v. McCraw: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 207.

Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216. *Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "serious", "rape".

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 51 C.C.C. (3d) 239, 35 O.A.C. 144, 72 C.R. (3d) 373, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of threatening serious bodily harm contrary to s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Donald B. Bayne, for the appellant.

Carol Brewer and Rosella M. Cornaviera, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—The appellant wrote anonymous letters to three young women. In those letters he graphically detailed various sexual acts which he wished to perform with them and concluded by stating that he was going to have sexual intercourse with them even if he had to rape them. At issue is whether the letters amounted to a threat to cause serious bodily harm contrary to the provisions of s. 243.4(1)(a), now s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Factual Background

The appellant McCraw was known to follow the Ottawa Rough Rider Cheerleaders and had been seen at their practices. In the Fall of 1987 he phoned some of the cheerleaders using an assumed name and asked them to pose for photographs. During the same period he sent anonymous letters to three of the cheerleaders. In the letters he described sexual acts he intended to perform upon them. He concluded each letter with a threat that he would have sexual intercourse with them "even if I have to rape you" and even if it took until the day he died.

Mahoney, Kathleen. «R. v. McCraw: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 207.

Marshall, Patricia. «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216. *Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, «serious», «rape».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 51 C.C.C. (3d) 239, 35 O.A.C. 144, 72 C.R. (3d) 373, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de menace de causer des blessures graves contrairement à l'al. 264.1(1)a) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Donald B. Bayne, pour l'appelant.

Carol Brewer et Rosella M. Cornaviera, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — L'appelant a écrit des lettres anonymes à trois jeunes femmes. Dans ces lettres, il décrivait en détail divers actes sexuels qu'il désirait accomplir avec elles et concluait en disant qu'il allait avoir des rapports sexuels avec elles même s'il devait les violer. La question en litige est de savoir si les lettres équivalaient à une menace de causer des blessures graves au sens de l'al. 243.4(1)a), maintenant l'al. 264.1(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Les faits

L'appelant McCraw était un spectateur assidu des répétitions des meneuses de claque des Rough Riders d'Ottawa. À l'automne 1987, sous un nom d'emprunt, il a téléphoné à certaines d'entre elles, et leur a demandé de poser pour des photographies. Au cours de la même période, il a envoyé des lettres anonymes à trois meneuses de claque. Dans les lettres, il décrivait des actes sexuels qu'il avait l'intention de leur faire subir. Il concluait chaque lettre par la menace d'avoir des rapports sexuels avec elles même s'il devait les violer et même s'il devait attendre jusqu'au jour de sa mort.

Each letter was personally addressed to one of the three cheerleaders. The letters are so similar that it is sufficient for the purposes of these reasons to set out the contents of one of them:

Sandy

Let me tell you, your [*sic*] a beautiful woman, I am disapointed [*sic*] you wernt [*sic*] in the calendar, you are the most beautiful cheerleader on the squad. I think you should pose nude for playboy. Every time I see you I get an instant erection. I masturbate thinking about you every night. Fucking you would be like a dream come true. I would lick your whole body, starting with your toes, up your legs, then right to your vagina. I would love to taste your juicy vagina. Then I would suck on your perfect, well shaped breasts, I would then turn you over and lick your asshole. Then you would go down and suck my dick. Once I am nice and horny, I would stick my dick in your vagina. Then I would shove my dick into your nice tight asshole. Then you would suck my dick, and I would shoot my sperm all over your face. I am going to fuck you even if I have to rape you. Even if it takes me till the day I die. There should be more beautiful woman [*sic*] around like you.

See you later and have a nice day!

(Emphasis in original.)

One of the victims received a second letter in the same envelope. In that letter she was told to meet McCraw at a specified time behind the National Arts Centre in Ottawa. The appellant warned the victim that "IF YOU DON'T SHOW UP I WILL GO TO ROCKLAND [her home] AND GET YOU, DON'T FORGET I KNOW WHERE YOU LIVE" (emphasis in original). A list of the Cheerleaders' names and telephone numbers including those of the victims was found in the appellant's possession upon his arrest.

At trial the three recipients of the letters testified. All gave evidence that the threatening letters frightened them to the extent that they no longer felt safe when they were alone. One stated that as a result of receiving the letter she took greater precautions when she went out and had someone with her at all times. She also ensured that no one at her place of work would give out any information about her. Another stated that the letters scared her and that she took

Chaque lettre était adressée personnellement à l'une des trois meneuses de claque. Les lettres sont tellement semblables qu'il suffit aux fins des présents motifs d'en citer une seule:

^a [TRADUCTION] Sandy

^b Laisse-moi te dire que tu es une belle femme, je suis déçu que tu ne sois pas dans le calendrier, tu es la plus belle meneuse de claque de l'équipe. Je crois que tu devrais poser nue pour playboy. Dès que je te vois j'ai instantanément une érection. Chaque nuit, je me masturbe en pensant à toi. Te baiser serait comme la réalisation d'un rêve. Je lécherais ton corps en entier, en commençant par tes orteils puis tes jambes et ensuite jusqu'à ton vagin. J'aimerais goûter à ton vagin juteux. Ensuite, je téterais tes seins parfaits, puis, je te retournerais et je lécherais ton cul. Ensuite, tu t'agenouillerais et tu sucerais mon pénis. Lorsque je serais prêt et en érection, je pénétrerais ton vagin avec mon pénis. Ensuite, je plongerais mon pénis dans ton joli petit cul. Ensuite, tu sucerais mon pénis et j'éjaculerais dans ton visage. Je vais te baiser même si je dois te violer. Même si je dois attendre jusqu'au jour de ma mort. Il devrait y avoir plus de belles femmes comme toi autour.

^e À bientôt et passe une belle journée!

(Souligné dans l'original.)

^f L'une des victimes a reçu une deuxième lettre dans la même enveloppe. Dans cette lettre McCraw lui donnait rendez-vous à une heure précise derrière le Centre national des arts à Ottawa. L'appelant donnait à la victime l'avertissement suivant: [TRADUCTION] «SI TU NE VIENS PAS J'IRAI À ROCKLAND [où elle demeurait] ET J'IRAI TE CHERCHER, N'OUBLIE PAS QUE JE SAIS OÙ TU HABITES» (souligné dans l'original). Une liste des noms et numéros de téléphone des meneuses de claque, y compris ceux des victimes, a été trouvée en la possession de l'appelant lors de son arrestation.

ⁱ Au procès, les trois destinataires des lettres ont témoigné. Elles ont toutes déposé que les lettres de menace les avaient effrayées au point qu'elles ne se sentaient plus jamais en sécurité lorsqu'elles étaient seules. L'une a dit que, après avoir reçu la lettre, elle prenait de plus grandes précautions lorsqu'elle sortait et ne restait jamais seule. Elle a également veillé à ce que personne à son lieu de travail ne donne de renseignements à son sujet. Une autre a dit que les lettres

steps to always have someone with her wherever she went. The third stated that she became more anxious about going out alone and more cautious about where she went. None of these witnesses were cross-examined. The appellant did not testify and no evidence was called on his behalf.

The Charges and the Relevant Section

The appellant was tried on the following three charges:

1. THAT HE THE SAID STEPHEN JOSEPH McCRAW, between the 1st day of November, 1987 and the 26th day of November, 1987 at the City of Ottawa in the said Judicial District, did knowingly cause to be received a threat to Sandy Kobluk, by letter, to cause serious bodily harm to Sandy Kobluk, contrary to Section 243.4(2) of the Criminal Code of Canada.

2. AND FURTHER, THAT HE THE SAID STEPHEN JOSEPH McCRAW, between the 1st day of November, 1987 and the 26th day of November, 1987 at the City of Ottawa in the said Judicial District, did knowingly cause to be received a threat to Johanne Robillard, by letter, to cause serious bodily harm to Johanne Robillard, contrary to Section 243.4(2) of the Criminal Code of Canada.

3. AND FURTHER, THAT HE THE SAID STEPHEN JOSEPH McCRAW, between the 1st day of October, 1987 and the 30th day of October, 1987 at the City of Ottawa in the said Judicial District, did knowingly cause to be received a threat to Deborah Burgoyn, by letter, to cause serious bodily harm to Deborah Burgoyn, contrary to Section 243.4(2) of the Criminal Code of Canada.

Section 264.1(1), then 243.4(1), the definition section of the offences charged, reads as follows:

264.1 (1) Every one commits an offence who, in any manner, knowingly utters, conveys or causes any person to receive a threat

(a) to cause death or serious bodily harm to any person;

(b) to burn, destroy or damage real or personal property; or

(c) to kill, poison or injure an animal or bird that is the property of any person.

l'avait effrayée et qu'elle avait pris des mesures afin de toujours être accompagnée partout où elle allait. La troisième a dit qu'elle était devenue plus angoissée lorsqu'elle devait sortir seule et était plus prudente dans le choix de ses destinations. Aucune d'elles n'a été contre-interrogée. L'appelant n'a pas témoigné et aucun témoin n'a été cité pour son compte.

^b Les accusations et l'article pertinent

L'appelant a subi son procès relativement aux trois accusations suivantes:

[TRADUCTION] 1. QUE LEDIT STEPHEN JOSEPH McCRAW, entre le 1^{er} novembre 1987 et le 26 novembre 1987 dans la ville d'Ottawa dans ledit district judiciaire, a sciemment fait recevoir par Sandy Kobluk, par lettre, une menace de lui causer des blessures graves, contrairement au paragraphe 243.4(2) du Code criminel du Canada.

2. ET, QUE LEDIT STEPHEN JOSEPH McCRAW, entre le 1^{er} novembre 1987 et le 26 novembre 1987 dans la ville d'Ottawa dans ledit district judiciaire, a sciemment fait recevoir par Johanne Robillard, par lettre, une menace de lui causer des blessures graves, contrairement au paragraphe 243.4(2) du Code criminel du Canada.

3. ET QUE LEDIT STEPHEN JOSEPH McCRAW, entre le 1^{er} octobre 1987 et le 30 octobre 1987, dans la ville d'Ottawa, dans ledit district judiciaire, a sciemment fait recevoir par Deborah Burgoyn, par lettre, une menace de lui causer des blessures graves, contrairement au paragraphe 243.4(2) du Code criminel du Canada.

^h Voici le texte du par. 264.1(1), auparavant 243.4(1), qui prévoit les définitions des infractions reprochées:

264.1 (1) Commet une infraction quiconque sciemment profère, transmet ou fait recevoir par une personne, de quelque façon, une menace:

ⁱ a) de causer la mort ou des blessures graves à quelqu'un;

b) de brûler, détruire ou endommager des biens meubles ou immeubles;

^j c) de tuer, empoisonner ou blesser un animal ou un oiseau qui est la propriété de quelqu'un.

The Courts Below*Trial Judge*

The trial judge found as a fact that the statement contained in each letter “even if I have to rape you” constituted a threat of rape and was perceived by the complainants as a threat to rape them. However in his view the central issue was whether the threat to rape constituted a threat to cause serious bodily harm to the complainants. He stated that the court should focus on the plain meaning of the actual words used and should not speculate upon what the accused might have meant. In this regard the trial judge stated:

The tenor of the letters, while immature and disgusting, reveal [*sic*] more of an adoring fantasy than a threat to cause serious bodily harm.

((1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 201, at p. 203.)

He rejected the Crown’s argument that rape necessarily involves physical, emotional or psychological harm amounting to serious bodily harm. He put his position in this way (at p. 203):

In this case, the threat to “rape”, to have non-consensual sexual intercourse may or may not involve serious bodily harm. It does not involve it necessarily. . . . Just as the words in *Gingras* [(1986), 16 W.C.B. 399 (Ont. Dist. Ct.)] are ambiguous and do not expressly or by necessary implication refer to causing serious bodily harm, so too the word “rape” in the case at bar is ambiguous and does not expressly or by necessary implication refer to the causing of serious bodily harm.

He emphasized his conclusion in the following manner at p. 204:

Rape or sexual assault does not of itself necessarily involve any kind of physical harm to the victim. . . .

In this case, we are dealing with “serious bodily harm” which is equated in the section to “death”. What we have here is a threat to have sexual intercourse with each of the complainants, with or without their consent. This is quite separate and distinct, in the Court’s view, to threatening serious bodily harm. Again, the threat to

Les tribunaux d’instance inférieure*Le juge du procès*

Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que la déclaration contenue dans chaque lettre [TRADUCTION] «même si je dois te violer» constituait une menace de viol et était perçue par les plaignantes comme une menace de les violer. Toutefois, à son avis, la question centrale était de savoir si la menace de viol constituait une menace de causer des blessures graves aux plaignantes. Il a dit que la cour devrait porter son attention sur le sens ordinaire des termes réels utilisés et ne devrait pas faire de conjectures sur ce que l’accusé avait pu vouloir dire. À cet égard, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Le contenu des lettres, bien qu’immature et dégoûtant, révèle plus un fantasme d’adoration qu’une menace de causer des blessures graves.

((1989), 21 *R. de D. d’Ottawa* 201, à la p. 203.)

Il a rejeté l’argument du ministère public selon lequel le viol comporte nécessairement des blessures physiques, émotionnelles ou psychologiques équivalent à des blessures graves. Il a énoncé sa position de la manière suivante (à la p. 203):

[TRADUCTION] En l’espèce, la menace de «viol», d’avoir des rapports sexuels sans consentement, peut ou non impliquer des blessures graves. Elle ne l’implique pas nécessairement [...] tout comme les termes dans l’arrêt *Gingras* [(1986), 16 W.C.B. 399 (C. dist. Ont.)] sont ambigus et ne renvoient pas expressément ou par déduction nécessaire au fait de causer des blessures graves, le mot «viol» en l’espèce est ambigu et ne renvoie pas expressément ou par déduction nécessaire au fait de causer des blessures graves.

Il a souligné sa conclusion de la manière suivante, à la p. 204:

[TRADUCTION] Le viol ou l’agression sexuelle n’implique pas nécessairement que la victime subira des blessures . . .

En l’espèce, nous traitons de «blessures graves» qui, dans cet article, sont associées à la «mort». En l’espèce, il s’agit d’une menace d’avoir des rapports sexuels avec chacune des plaignantes, avec ou sans leur consentement. De l’avis de la Cour, cela est différent et distinct d’une menace de causer des blessures graves. Encore

commit a sexual assault does not necessarily cause serious bodily harm.

The Ontario Court of Appeal

Brooke J.A., Tarnopolsky J.A. concurring, disagreed with the trial judge's conclusion that the threat of rape did not involve serious bodily harm. In his view, the threatened acts contravened the section. He wrote:

The word "serious" is not ambiguous and should be given its ordinary meaning. . . . Putting aside any question of whether bodily harm includes emotional or psychological harm, does the threat in this case amount to a threat to cause serious bodily harm? In my opinion, it does. The object of this threat is to create fear of such a degree of bodily harm from the application of physical force that the complainant will submit or not resist the sexual assault. The nature of bodily harm which would cause her to submit to such violations of her dignity and her body is not simply a hurt or injury that would interfere with her comfort but rather something serious. In short, resistance means force, perhaps violence, and serious injury. . . .

((1989), 51 C.C.C. (3d) 239, at p. 243.)

Brooke J.A. concluded that the trial judge had erred in his interpretation of the words "serious bodily harm" as they appear in s. 264.1(1)(a) when he held that the threat to commit rape was no more than a threat to have sexual intercourse without the complainant's consent.

However, the dissent found that the letters were simply obscene and did not contain a threat to rape. Accordingly, the letters did not "constitute threats to commit a specific criminal act" (p. 244). As a result, it was unnecessary to consider whether a threat to rape is a threat to cause serious bodily harm. The dissent agreed with the trial judge that "[t]he tenor of the letters, while immature and disgusting, reveal [*sic*] more of an adoring fantasy than a threat to cause serious bodily harm". Since, the dissenting judge concluded, the trial judge had found as a fact that the appellant did not intend the letters to be taken seri-

une fois, la menace de commettre une agression sexuelle ne cause pas nécessairement des blessures graves.

La Cour d'appel de l'Ontario

^a Le juge Brooke, avec l'appui du juge Tarnopolsky, était en désaccord avec la conclusion du juge du procès selon laquelle la menace de viol ne visait pas des blessures graves. À son avis, la menace portait atteinte à l'article. Il a dit:

^b [TRADUCTION] Le mot «grave» n'est pas ambigu et devrait recevoir son sens ordinaire [. . .] Indépendamment de la question de savoir si les blessures incluent des blessures émotionnelles ou psychologiques, la menace en l'espèce équivaut-elle à une menace de causer des blessures graves? À mon avis, c'est le cas. L'objet de cette menace est de créer la peur d'un tel degré de blessures par l'utilisation de la force physique, que la plaignante se soumettra ou ne résistera pas à l'agression sexuelle. Les blessures qui la mèneraient à se soumettre à de telles violations de sa dignité et de son corps ne sont pas simplement des lésions ou des blessures qui nuiraient à son bien-être mais plutôt quelque chose de grave. Bref, résistance signifie utilisation de la force, et peut-être violence et blessures graves . . .

((1989), 51 C.C.C. (3d) 239, à la p. 243.)

^c Le juge Brooke a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans son interprétation de l'expression «blessures graves» à l'al. 264.1(1)a) lorsqu'il a conclu que la menace de commettre un viol ne représentait rien de plus que la menace d'avoir des rapports sexuels sans le consentement de la plaignante.

^d Toutefois, le juge dissident a conclu que les lettres étaient simplement obscènes et ne contenaient pas de menaces de viol. Par conséquent, les lettres [TRADUCTION] «ne constituaient pas des menaces de commettre un acte criminel précis» (p. 244). En conséquence, il n'était pas nécessaire d'examiner la question de savoir si une menace de viol constitue une menace de causer des blessures graves. Le juge dissident était d'accord avec le juge du procès que [TRADUCTION] «[l]e contenu des lettres, bien qu'immature et dégoûtant, révél[ait] plus un fantasme d'adoration qu'une menace de causer des blessures graves». Selon le juge dissident, étant donné que le juge du procès a tiré la conclusion de fait que l'appellant ne voulait pas

ously, no offence could have been committed under s. 264.1(1). Alternatively, the dissent held (at p. 248):

Even if I am wrong in concluding that the trial judge found as a matter of fact that the letters were not intended to be taken seriously, I certainly accept that the language of the letters, while clearly criminal in that it is obscene, is ambiguous as a threat to cause serious bodily harm.

The Sole Question to be Resolved

The trial judge found and the appellant conceded that the words “I am going to fuck you even if I have to rape you” constitute a threat. Thus the only question to be resolved is whether the words constitute a threat to cause serious bodily harm for the purposes of s. 264.1(1)(a) of the *Code*.

The Meaning of “Serious Bodily Harm” in Section 264.1(1)(a)

Prior to 1985 the *Criminal Code* prohibited threats made by “letter, telegram, telephone, cable, radio, or otherwise” to cause “death or injury” to any person. The offence was aimed at the prohibition of written threats which were viewed as creating greater fear in the recipient than oral threats. In *R. v. Nabis*, [1975] 2 S.C.R. 485, this Court interpreted the words “or otherwise”, holding that they were not broad enough to include oral threats of death or injury. It followed that oral threats made face to face, no matter how serious, were not prohibited.

In 1985, Parliament took steps to amend the section and to fill the void created by the decision in *R. v. Nabis*. It replaced the existing section with s. 243.4(1)(a) now s. 264.1(1)(a). The present section was expanded to include threats made “in any manner” to cause death or “serious bodily harm”. The amendment had the effect of including oral threats made to the recipient but as well increased the required threshold of harm from “death or injury” to “death or serious bodily harm”. At the same time the offence of uttering threats was moved to that portion

que les lettres soient prises au sérieux, aucune infraction n’a été commise aux termes du par. 264.1(1). Subsidiairement, le juge dissident a dit à la p. 248:

[TRADUCTION] Même si j’ai tort de conclure que le juge du procès a tiré la conclusion de fait que les lettres ne visaient pas à être prises au sérieux, j’admets certainement que le langage utilisé dans les lettres, bien que clairement criminel parce qu’il est obscène, est ambigu à titre de menaces de causer des blessures graves.

La seule question à trancher

Le juge du procès a conclu et l’appelant a admis que les termes [TRADUCTION] «Je vais te baiser même si je dois te violer» constituaient une menace. Par conséquent, la seule question à trancher est de savoir si ces mots constituaient une menace de causer des blessures graves aux fins de l’al. 264.1(1)(a) du *Code*.

Le sens de «blessures graves» à l’al. 264.1(1)(a)

Avant 1985, le *Code criminel* interdisait les menaces faites par «lettre, télégramme, téléphone, câble, radio ou autrement» de causer «la mort ou des blessures» à quelqu’un. L’infraction visait à interdire les menaces écrites qui étaient considérées comme susceptibles de créer une plus grande crainte chez le destinataire que les menaces verbales. Dans l’arrêt *R. c. Nabis*, [1975] 2 R.C.S. 485, notre Cour a interprété les termes «ou autrement» et a conclu qu’ils n’étaient pas suffisamment généraux pour comprendre les menaces verbales de mort ou de blessures. Il en découlait que les menaces verbales faites en personne, indépendamment de leur gravité, n’étaient pas interdites.

En 1985, le Parlement a pris des mesures pour modifier l’article et pour combler le vide créé par l’arrêt *R. c. Nabis*. Il a remplacé cet article par l’al. 243.4(1)(a), maintenant l’al. 264.1(1)(a). L’article actuel a été élargi afin d’inclure les menaces faites «de quelque façon» de causer la mort ou «des blessures graves». La modification a eu pour effet d’inclure des menaces verbales faites aux destinataires mais a également augmenté le seuil requis de lésions corporelles de «mort ou [. . .] blessures» à «mort ou [. . .] blessures graves». En même temps l’infraction

of the *Criminal Code* dealing with offences against the person.

With that background in mind it is now appropriate to consider what meaning should be given to the words "serious bodily harm".

The appellant urged that serious bodily harm is *ejusdem generis* with death. I cannot accept that contention. The principle of *ejusdem generis* has no application to this case. It is well settled that words contained in a statute are to be given their ordinary meaning. Other principles of statutory interpretation only come into play where the words sought to be defined are ambiguous. The words "serious bodily harm" are not in any way ambiguous.

It is true that the phrase is not defined in the *Code*. However "bodily harm" is defined in s. 267(2). That definition is as follows:

For the purposes of this section [assault with a weapon or causing bodily harm] and sections 269 [unlawfully causing bodily harm] and 272 [sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm], "bodily harm" means any hurt or injury to the complainant that interferes with the health or comfort of the complainant and that is more than merely transient or trifling in nature.

That definition of "bodily harm" can I think be properly applied to those words as they appear in s. 264.1(1)(a).

There remains the question then of how the word "serious" ought to be defined. The *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1987) provides the following definition of "serious":

Serious . . . Weighty, important, grave; (of quantity or degree) considerable. **b.** Attended with danger; giving cause for anxiety.

Giving the word "serious" its appropriate dictionary meaning, I would interpret "serious bodily harm" as being any hurt or injury that interferes in a grave or substantial way with the physical integrity or well-being of the complainant. Thus "serious bodily harm" does not require proof of the same degree of harm required for aggravated assault described in

de proférer des menaces a été déplacée et insérée dans la partie du *Code criminel* qui traite des infractions contre la personne.

Dans ce contexte, il convient maintenant d'examiner le sens à donner à l'expression «blessures graves».

L'appelant soutient que les blessures graves sont *ejusdem generis* avec la mort. Je ne peux accepter cet argument. Le principe de *l'ejusdem generis* ne s'applique pas en l'espèce. Il est bien établi qu'il faut donner aux termes contenus dans une loi leur sens ordinaire. Les autres principes d'interprétation législative n'entrent en jeu que lorsque les termes à définir sont ambigus. L'expression «blessures graves» n'est d'aucune façon ambiguë.

Il est vrai que l'expression n'est pas définie dans le *Code*. Toutefois, l'expression «lésions corporelles» est définie au par. 267(2):

Pour l'application du présent article [agression armée ou infliction de lésions corporelles] et des articles 269 [infliction illégale de lésions corporelles] et 272 [agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles], «lésions corporelles» désigne une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance.

À mon avis, cette définition de «lésions corporelles» peut s'appliquer, à bon droit, aux termes qui figurent à l'al. 264.1(1)a).

Il reste alors la question de savoir de quelle manière le terme «grave» devrait être défini. Le *Shorter Oxford English Dictionary* (3^e éd. 1987) donne la définition suivante du terme «grave»:

[TRADUCTION] **Grave** [. . .] Qui a du poids, de l'importance, sérieux; (quantité ou degré) considérable. **b.** Comportant un danger; cause d'anxiété.

Donnant au terme «grave» le sens approprié du dictionnaire, je suis d'avis d'interpréter l'expression «blessures graves» comme toute blessure ou lésion qui nuit d'une manière sérieuse ou importante à l'intégrité physique ou au bien-être du plaignant. Par conséquent, l'expression «blessures graves» n'exige pas la preuve du même degré de mal exigé pour les

s. 268 of the *Code*; that is to say the wounding, disfiguring or endangering of the life of the complainant. Yet it requires greater harm than the mere “bodily harm” described in s. 267; that is hurt or injury that interferes with the health or comfort of the complainant and that is more than merely transient or trifling in nature.

Does the phrase encompass psychological harm? I think that it must. The term “bodily harm” referred to in s. 267 is defined as “any hurt or injury”. Those words are clearly broad enough to include psychological harm. Since s. 264.1 refers to any “serious” hurt or injury then any serious or substantial psychological harm must come within its purview. So long as the psychological harm substantially interferes with the health or well-being of the complainant, it properly comes within the scope of the phrase “serious bodily harm”. There can be no doubt that psychological harm may often be more pervasive and permanent in its effect than any physical harm. I can see no principle of interpretation nor any policy reason for excluding psychological harm from the scope of s. 264.1(1)(a) of the *Code*.

In summary the meaning of “serious bodily harm” for the purposes of the section is any hurt or injury, whether physical or psychological, that interferes in a substantial way with the physical or psychological integrity, health or well-being of the complainant. With that definition of the phrase in mind, it is now appropriate to review the approach to be taken when a court is considering whether the questioned words constitute a threat of serious bodily harm. As a first step some consideration should be given to the aim and purpose of s. 264.1(1)(a).

The Aim of Section 264.1(1)(a)

Parliament, in creating this offence recognized that the act of threatening permits a person uttering the threat to use intimidation in order to achieve his or her objects. The threat need not be carried out; the offence is completed when the threat is made. It is designed to facilitate the achievement of the goal sought by the issuer of the threat. A threat is a tool of intimidation which is designed to instill a sense of

voies de fait graves décrites à l’art. 268 du *Code*; c’est-à-dire le fait de blesser, mutiler ou défigurer le plaignant ou mettre sa vie en danger. Toutefois il faut des lésions corporelles plus graves que les simples «lésions corporelles» décrites à l’art. 267. C’est-à-dire des lésions corporelles ou des blessures qui nuisent à la santé ou au bien-être du plaignant et qui ne sont pas de nature passagère ou sans importance.

L’expression comprend-elle les blessures psychologiques? Je suis d’avis que c’est le cas. L’expression «lésions corporelles» visée à l’art. 267 est définie comme «une blessure». De toute évidence, ces termes sont suffisamment généraux pour comprendre la blessure psychologique. Étant donné que l’art. 264.1 vise des blessures «graves», il doit inclure la blessure psychologique grave ou importante. Dans la mesure où la blessure psychologique nuit de manière importante à la santé ou au bien-être du plaignant, elle s’inscrit à juste titre dans le cadre de l’expression «blessures graves». Il n’y a aucun doute qu’une blessure psychologique peut souvent avoir des effets plus pénétrants et permanents qu’une blessure physique. À mon avis, aucun principe d’interprétation ni aucune raison de principe ne permet d’exclure la blessure psychologique de la portée de l’al. 264.1(1)a) du *Code*.

En résumé, l’expression «blessures graves» signifie aux fins de l’article toute blessure physique ou psychologique qui nuit d’une manière importante à l’intégrité, à la santé ou au bien-être physique ou psychologique du plaignant. Il faut maintenant, au vu de cette définition, examiner la méthode à suivre par un tribunal qui doit déterminer si les mots contestés constituent une menace de blessures graves. Premièrement, il faut examiner le but et l’objet de l’al. 264.1(1)a).

Le but de l’al. 264.1(1)a)

Le législateur, lorsqu’il a créé cette infraction, a reconnu que l’acte de menacer permet à la personne qui profère la menace d’utiliser l’intimidation pour atteindre son but. Il n’est pas nécessaire que la menace soit exécutée; l’infraction est complète lorsque la menace est proférée. Elle est destinée à faciliter la réalisation du but visé par la personne qui profère la menace. Une menace est un moyen

fear in its recipient. The aim and purpose of the offence is to protect against fear and intimidation. In enacting the section Parliament was moving to protect personal freedom of choice and action, a matter of fundamental importance to members of a democratic society.

The true nature of the offence was recognized by this Court in *R. v. LeBlanc*, [1989] 1 S.C.R. 1583. There the Court approved the trial judge's ruling that whether the threatener intends to carry out the threat is irrelevant to determining if a conviction can be maintained. It is the element of fear instilled in the victim by the issuer of the threat at which the criminal sanction is aimed. Section 264.1 provides that the threat must be knowingly uttered or conveyed by the accused. Thus the Crown is required to establish that the accused intended to threaten the victim with serious bodily harm. However the determination as to whether there was such a subjective intent will often have to be based to a large extent upon a consideration of the words used by the accused. In those cases where the accused does not testify or call evidence the determination must be made on the basis of the words used. But if, for example, evidence was led that the accused simply copied words that he did not understand on the direction of another different considerations would apply. The next step is a consideration of the questioned words.

The Approach That Should Be Taken to Determine if Words Contravene Section 264.1(1)(a)

At the outset I should state that in my view the decision as to whether the written or spoken words in question constitutes a threat to cause serious bodily harm is an issue of law and not of fact. How then should a court approach the issue? The structure and wording of s. 264.1(1)(a) indicate that the nature of the threat must be looked at objectively; that is, as it would be by the ordinary reasonable person. The words which are said to constitute a threat must be looked at in light of various factors. They must be considered objectively and within the context of all

d'intimidation visant à susciter un sentiment de crainte chez son destinataire. Le but et l'objet de l'article sont d'assurer une protection contre la crainte et l'intimidation. Le législateur, lorsqu'il a adopté l'article, a agi pour protéger la liberté de choix et d'action de la personne, une question d'une importance fondamentale pour les membres d'une société démocratique.

La véritable nature de l'infraction a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *R. c. LeBlanc*, [1989] 1 R.C.S. 1583. Dans cet arrêt, la Cour a approuvé la décision du juge du procès selon laquelle la question de savoir si la personne qui menace a l'intention d'exécuter la menace n'est pas pertinente pour déterminer si une déclaration de culpabilité peut être maintenue. C'est l'élément de crainte insufflé à la victime par la personne qui profère la menace qui est visé par la sanction criminelle. L'article 264.1 prévoit que la menace doit avoir été proférée et transmise sciemment par l'accusé. Le ministère public est donc tenu d'établir que l'accusé avait l'intention de menacer la victime de blessures graves. Toutefois, pour déterminer si une telle intention subjective est présente, il faudra souvent se fonder dans une large mesure sur un examen des mots employés par l'accusé. Lorsque l'accusé ne témoigne pas et ne produit pas de preuve, la détermination doit se fonder sur les mots employés. Cependant, si on apporte la preuve, par exemple, que l'accusé a simplement copié des mots qu'il ne comprenait pas, à la demande d'une autre personne, des considérations différentes entrent en jeu. La prochaine étape est l'examen des mots contestés.

Méthode à adopter pour déterminer si des mots contrviennent à l'al. 264.1(1)(a)

Tout d'abord, je dois préciser qu'à mon avis la question de savoir si les termes écrits ou prononcés en question constituent une menace de causer des blessures graves est une question de droit et non de fait. Alors, de quelle façon un tribunal devrait-il aborder cette question? La structure et le libellé de l'al. 264.1(1)(a) indiquent que la nature de la menace doit être examinée de façon objective; c'est-à-dire, comme le ferait une personne raisonnable ordinaire. Les termes qui constitueraient une menace doivent être examinés en fonction de divers facteurs. Ils doi-

the written words or conversation in which they occurred. As well, some thought must be given to the situation of the recipient of the threat.

The question to be resolved may be put in the following way. Looked at objectively, in the context of all the words written or spoken and having regard to the person to whom they were directed, would the questioned words convey a threat of serious bodily harm to a reasonable person?

Does the Threat to Rape Contained in These Letters Demonstrate an Intent to Inflict Serious Bodily Harm?

A) *Generally*

Let us consider a threat to rape in general terms, without reference to the specific language of the letters. Violence is inherent in the act of rape. The element of sexuality aggravates the physical interference caused by an assault. Sexual assault results in a greater impact on the victim than a non-sexual assault. This has been reflected in the penalty provisions for sexual assault which are significantly higher than for non-sexual assault offences. In addition, this is emphasized by the fact that the definition of a "serious personal injury offence" in s. 752 of the *Code* includes the commission of sexual assault or an attempt to commit that offence. Thus Parliament has recognized the gravity of sexual assault.

It seems to me that to argue that a woman who has been forced to have sexual intercourse has not necessarily suffered grave and serious violence is to ignore the perspective of women. For women rape under any circumstance must constitute a profound interference with their physical integrity. As well, by force or threat of force, it denies women the right to exercise freedom of choice as to their partner for sexual relations and the timing of those relations. These are choices of great importance that may have a substantial effect upon the life and health of every woman. Parliament's intention in replacing the rape laws with the sexual assault offences was to convey the message that rape is not just a sexual act but is basically

vent être examinés de façon objective et dans le contexte de l'ensemble du texte ou de la conversation dans lesquels ils s'inscrivent. De même, il faut tenir compte de la situation dans laquelle se trouve le destinataire de la menace.

La question à trancher peut être énoncée de la manière suivante. Considérés de façon objective, dans le contexte de tous les mots écrits ou énoncés et compte tenu de la personne à qui ils s'adressent, les termes visés constituent-ils une menace de blessures graves pour une personne raisonnable?

La menace de viol contenue dans ces lettres démontre-t-elle une intention d'infliger des blessures graves?

A) *Considérations d'ordre général*

Examinons une menace de viol en termes généraux, sans tenir compte du texte précis des lettres. La violence est inhérente à l'acte de viol. L'élément de sexualité aggrave l'atteinte physique causée par une agression. L'agression sexuelle a un effet plus important sur la victime qu'une agression qui n'est pas de nature sexuelle. C'est ce que traduisent les dispositions punitives relativement à l'agression sexuelle qui sont beaucoup plus sévères que pour des agressions qui ne sont pas de nature sexuelle. De plus, cette situation est soulignée par le fait que la définition de «sévices graves à la personne» à l'art. 752 du *Code* comprend la perpétration ou la tentative de perpétration d'agressions sexuelles. Le législateur a donc reconnu la gravité de l'agression sexuelle.

Il me semble que le fait de soutenir qu'une femme qui a été obligée d'avoir des rapports sexuels n'a pas nécessairement subi une violence grave ne tient pas compte du point de vue des femmes. Pour les femmes, le viol dans toutes les circonstances doit constituer une grave atteinte à leur intégrité physique. De même, par le recours à la force ou la menace de recours à la force, le viol enlève aux femmes le droit d'exercer la liberté de choisir leur partenaire sexuel et le moment de ces rapports. Il s'agit de choix d'une grande importance qui peuvent avoir un effet considérable sur la vie et la santé de chaque femme. L'intention du législateur lorsqu'il a remplacé les dispositions concernant le viol par les infractions en matière

an act of violence. See K. Mahoney, "R. v. McCraw: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 207, at pp. 215-16.

It is difficult if not impossible to distinguish the sexual component of the act of rape from the context of violence in which it occurs. Rape throughout the ages has been synonymous with an act of forcibly imposing the will of the more powerful assailant upon the weaker victim. Necessarily implied in the act of rape is the imposition of the assailant's will on the victim through the use of force. Whether the victim is so overcome by fear that she submits or whether she struggles violently is of no consequence in determining whether the rape has actually been committed. In both situations the victim has been forced to undergo the ultimate violation of personal privacy by unwanted sexual intercourse. The assailant has imposed his will on the victim by means of actual violence or the threat of violence.

Violence and the threat of serious bodily harm are indeed the hallmarks of rape. While the bruises and physical results of the violent act will often disappear over time, the devastating psychological effects may last a lifetime. It seems to me that grave psychological harm could certainly result from an act of rape.

The psychological trauma suffered by rape victims has been well documented. It involves symptoms of depression, sleeplessness, a sense of defilement, the loss of sexual desire, fear and distrust of others, strong feelings of guilt, shame and loss of self-esteem. It is a crime committed against women which has a dramatic, traumatic impact. See D. J. Giacopassi and K. R. Wilkinson, "Rape and the Devalued Victim" (1985), 9 *Law and Human Behavior* 367; R. v. Billam (1986), 8 Cr. App. R.(S.) 48 (C.A.), at pp. 49-50; P. Marshall, "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216, at p. 221; A. W. Burgess, "Rape Trauma Syndrome" (1983), 1:3 *Behavioral Sciences and the Law* 97; C. H. Herd, "Criminal Law: Kansas Recognizes Rape Trauma Syndrome" (1985), 24 *Washburn L.J.* 653. To ignore the fact that rape frequently

d'agression sexuelle était de transmettre le message que le viol n'est pas simplement un acte sexuel mais est fondamentalement un acte de violence. Voir K. Mahoney, «R. v. McCraw: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 207, aux pp. 215 et 216.

Il est difficile, voire impossible, d'établir une distinction entre la composante sexuelle de l'acte de viol et le contexte de violence dans lequel il se produit. De tous temps, le viol a été synonyme d'un acte d'imposition par la force de la volonté de l'assaillant plus puissant à la victime plus faible. L'imposition de la volonté de l'assaillant à la victime par l'usage de la force est nécessairement implicite dans l'acte de viol. Que la victime soit terrorisée au point de se soumettre ou qu'elle résiste violemment est sans conséquence lorsqu'il s'agit de déterminer si le viol a réellement été commis. Dans les deux cas, la victime a été forcée de subir l'ultime violation de son intimité personnelle par des rapports sexuels indésirés. L'assaillant a imposé sa volonté à la victime au moyen de la violence réelle ou de la menace de violence.

La violence et la menace de blessures graves sont en fait les marques du viol. Bien que les ecchymoses et les conséquences physiques de l'acte violent disparaîtront souvent avec le temps, ses effets psychologiques dévastateurs peuvent durer toute la vie. Il me semble qu'un acte de viol peut certainement avoir de graves conséquences psychologiques.

Le traumatisme psychologique subi par les victimes de viol est très bien documenté. Il comprend des symptômes de dépression, d'insomnie, un sentiment de souillure, la perte de désir sexuel, la peur et la méfiance à l'égard des autres personnes, de forts sentiments de culpabilité, de honte et de perte d'estime de soi. Il s'agit d'un crime commis contre les femmes qui a un effet grave et traumatisant. Voir D. J. Giacopassi et K. R. Wilkinson, «Rape and the Devalued Victim» (1985), 9 *Law and Human Behavior* 367, R. v. Billam (1986), 8 Cr. App. R.(S.) 48 (C.A.), aux pp. 49 et 50; P. Marshall, «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216, à la p. 221; A. W. Burgess, «Rape Trauma Syndrome» (1983), 1:3 *Behavioral Sciences and the Law* 97; C. H. Herd, «Criminal Law: Kansas Recognizes Rape Trauma Syndrome»

results in serious psychological harm to the victim would be a retrograde step, contrary to any concept of sensitivity in the application of the law.

In my view there can be no conclusion other than that rape can cause serious bodily harm. It follows that the threat to rape may well, depending on the context and circumstances, constitute a threat to commit serious bodily harm contrary to the provisions of s. 264.1(1)(a) of the *Code*. Indeed it would be ludicrous and contrary to the purpose of s. 264.1 to interpret the section as criminalizing the threat to damage a piece of property or a pet while permitting a threat to rape a woman on the grounds that it did not constitute a threat to commit serious bodily harm.

B) *The Words Used to Express the Threat*

In this case quite apart from the effect of the letters as a whole the words set out earlier “I am going to fuck you even if I have to rape you” constitute a threat of serious bodily harm. The letters are addressed to young women. The threat is to have sexual intercourse with the woman to whom the letter is addressed or as underlined in the letter to rape her. How would that wonderful fictitious legal character the ordinary reasonable person understand the word rape, bearing in mind that at least 50 percent of the ordinary reasonable people in our society are women? The *Shorter Oxford English Dictionary* defines rape as the “[v]iolation or ravishing of a woman”. Rape is non-consensual sexual intercourse. It is the violation of the bodily integrity of a woman. It is hard to imagine a greater affront to human dignity. As noted earlier, rape is a crime that is likely to have serious psychological consequences and may, as well, have serious physical effects. Surely to every fair minded woman and man the threat of rape constitutes a threat of serious bodily harm. Neither the one uttering or writing the threat to rape nor the person to whom it is directed could have any doubt as to the meaning of the word rape.

(1985), 24 *Washburn L.J.* 653. Ne pas tenir compte du fait que le viol entraîne fréquemment chez la victime des lésions psychologiques graves serait rétrograde et contraire à toute notion de sensibilité dans l’application de la loi.

À mon avis, il est impossible de ne pas conclure que le viol peut causer des blessures graves. Il en découle que, selon le contexte et les circonstances, la menace de viol peut constituer une menace d’infliger des blessures graves contrairement aux dispositions de l’al. 264.1(1)a) du *Code*. En fait, il serait ridicule et contraire à l’objet de l’art. 264.1 d’interpréter l’article comme criminalisant la menace de causer des dommages à un bien ou à un animal tout en autorisant la menace de violer une femme parce que ce n’est pas une menace d’infliger des blessures graves.

B) *Les termes utilisés pour exprimer la menace*

En l’espèce, outre l’effet des lettres dans leur ensemble les termes énoncés précédemment [TRA-DUCTION] «Je vais te baiser même si je dois te violer» constituent une menace de blessures graves. Les lettres sont adressées à des jeunes femmes. La menace c’est d’avoir des rapports sexuels avec la femme à laquelle la lettre est adressée ou, comme le souligne la lettre, de la violer. De quelle manière ce merveilleux personnage juridique fictif qu’est la personne raisonnable ordinaire comprendrait-il le mot viol, quand 50 p. 100 au moins des personnes raisonnables ordinaires dans notre société sont des femmes? Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit le viol comme le fait de violenter ou de forcer une femme. Le viol est un rapport sexuel sans consentement. Il s’agit de la violation de l’intégrité physique d’une femme. Il est difficile d’imaginer un plus grand affront à la dignité humaine. Comme je l’ai souligné précédemment, le viol est un crime qui est susceptible d’avoir des conséquences psychologiques graves et peut, également, avoir des effets physiques graves. Certainement pour tout homme et femme sensés, la menace de viol constitue une menace de blessures graves. Ni la personne qui profère ou écrit la menace de viol ni la personne à qui elle est destinée ne peuvent avoir de doute quant à la signification du mot viol.

The appellant argues that the threat to rape is no more than a threat to have non-consensual sexual intercourse and not a threat to cause serious bodily harm. It is argued that non-consensual sexual intercourse may or may not involve death or serious bodily harm depending upon the varying circumstances of each incident of rape and of each victim. It is said that the *Criminal Code* provides for a separate offence when a sexual assailant carries, uses or threatens to use a weapon or causes bodily harm to the complainant (s. 267). It is a separate offence when the sexual assailant wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant (s. 273). It is then argued that when the letters were received in 1987 the expressed rape threat constituted a threat to do no more than commit sexual assault *simpliciter* and could not refer to the other two sections of the *Code* which refer to actual or threatened violence.

I cannot accept this argument. The particular legal classification of the assailant's threatened act should it be carried out, is completely irrelevant to the determination of whether the words in question constitute a threat to cause serious bodily harm. We are not, for the purposes of s. 264.1(1)(a) concerned with the legal definition of rape. In determining whether the letters contained a threat to cause serious bodily harm the term rape must be construed as it would be by the average reasonable person.

People outside the legal profession simply do not communicate to each other in the language of the *Criminal Code*. It would be a rare case indeed if an assailant would threaten his victim in words such as "Madam, if you don't comply with my requests, I'm going to sexually assault you and cause you bodily harm" or "I'm going to commit aggravated sexual assault upon you". It is equally unlikely that a threat would refer to the specific circumstances which must exist in law for those offences to be made out.

In reality neither the man issuing the threat nor the woman to whom it is directed are concerned with legal definitions. Here the appellant threatened rape. Neither he nor any of the young women could have had any doubt as to what the word meant. It would be

L'appelant soutient que la menace de viol n'est rien de plus qu'une menace d'avoir des rapports sexuels sans consentement et non une menace de causer des blessures graves. Il soutient que les rapports sexuels sans consentement peuvent entraîner ou non la mort ou des blessures graves selon les diverses circonstances de chaque incident de viol et de chaque victime. Il dit que le *Code criminel* prévoit une infraction distincte lorsque l'agresseur sexuel porte, utilise ou menace d'utiliser une arme ou inflige des lésions corporelles au plaignant (art. 267). Il s'agit d'une infraction distincte lorsque l'agresseur sexuel blesse, mutile ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger (art. 273). Il soutient alors que lorsque les lettres ont été reçues en 1987, la menace de viol exprimée constituait une simple menace d'agression sexuelle et rien de plus, et ne pouvait pas renvoyer aux deux autres articles du *Code* qui mentionnent la menace de violence ou la violence réelle.

Je ne puis accepter cet argument. La classification juridique particulière de l'acte menacé par l'agresseur s'il était exécuté, n'est absolument pas pertinente pour trancher la question de savoir si les mots en question constituent une menace de causer des blessures graves. Aux fins de l'al. 264.1(1)a), nous ne nous intéressons pas à la définition juridique du viol. Pour déterminer si les lettres contenaient une menace de causer des blessures graves, il convient d'interpréter le mot viol comme le ferait la personne raisonnable ordinaire.

En dehors du monde juridique, les personnes ne communiquent pas entre elles dans la langue du *Code criminel*. On ne peut concevoir qu'un agresseur menace sa victime en lui disant: «Madame, si vous ne vous conformez pas à mes exigences, je vais vous agresser sexuellement et je vous infligerai des lésions corporelles» ou «Je vais commettre une agression sexuelle grave sur votre personne». Il est tout aussi improbable qu'une menace mentionne les circonstances précises qui doivent exister en droit pour que les infractions existent.

En réalité, ni l'homme qui profère la menace ni la femme à laquelle elle est destinée ne se préoccupent de définitions juridiques. En l'espèce, l'appelant a menacé de viol. Ni lui ni aucune des jeunes femmes ne pouvaient avoir de doute quant à la signification

understood to mean sexual penetration without consent achieved by means of violence or threats of violence. The fact that the term rape is no longer used in the present *Criminal Code* is of no consequence. It does not alter the essential nature of the understanding of the word rape to the ordinary reasonable person. Nor does it affect the nature of the threat implied by the use of that word.

C) *Looking at the Letters as a Whole*

Looking at the letters as a whole strengthens and emphasizes that there was a threat to inflict serious bodily harm on the three victims. The words "I am going to fuck you even if I have to rape you" are found towards the end of a letter written to young women graphically describing various sexual acts the appellant intended to perform. The clear inference was that rape would be the means of enforcing compliance with the depicted sexual activity. This was not juvenile, puerile sexual fantasizing, it was a threat of grave violence intended to enforce compliance. The words used are not ambiguous; rather they are explicit and clear. Taken in the context of the letter, they threaten serious bodily harm emphasized by the use of the underlined word rape. The letters could have no other meaning than that these three women would be subjected to forcible sexual penetration without consent through the use of violence. The purpose of the threat was to create a fear of such a degree of bodily harm from the application of force that the victims would not resist the sexual acts of the appellant. There could be no conclusion drawn by the victims other than that they would be subjected to violence should they resist the appellant.

In this case it was appropriate to consider the evidence of the complainants as to the effect of the letters upon them as an aid determining what the words would mean to a reasonable person.

These young women were forced to live with the threat of being sexually assaulted and to carry out their activities with the knowledge that they were being stalked by the appellant. No reasonable person looking at the letters could come to any other conclu-

du terme. Il serait interprété comme signifiant la pénétration sexuelle sans consentement réalisée au moyen de la violence ou de la menace de violence. Le fait que le terme viol n'est plus utilisé dans le *Code criminel* actuel n'a pas d'importance. Cela ne modifie pas la nature essentielle de l'interprétation du mot viol par la personne raisonnable ordinaire. Elle n'a pas d'effet non plus sur la nature de la menace sous-entendue par l'utilisation de ce terme.

C) *Examen des lettres dans leur ensemble*

L'examen des lettres dans leur ensemble renforce et accentue le fait qu'il y avait une menace d'infliger des blessures graves aux trois victimes. Les termes [TRADUCTION] «Je vais te baiser même si je dois te violer» se trouvent à la fin d'une lettre écrite à des jeunes femmes et décrivant en détail divers actes sexuels que l'appelant avait l'intention d'exécuter. Il en ressort clairement que le viol serait le moyen pour les obliger à se conformer aux actes sexuels décrits. Il ne s'agissait pas de fantasmes sexuels juvéniles et puérils, il s'agissait d'une menace de violence grave destinée à soumettre la victime. Les termes utilisés ne sont pas ambigus; ils sont plutôt explicites et clairs. Selon le contexte de la lettre, ils constituent une menace de blessures graves accentuée par l'utilisation du terme viol qui est souligné. Les lettres ne pouvaient signifier rien d'autre que ces trois femmes seraient soumises à une pénétration sexuelle de force sans consentement par l'utilisation de la violence. La menace avait pour but de susciter une crainte d'un tel degré de lésions corporelles par l'application de la force que les victimes ne résisteraient pas aux actes sexuels de l'appelant. Les victimes ne pouvaient tirer d'autre conclusion que celle qu'elles seraient soumises à de la violence si elles résistaient à l'appelant.

En l'espèce, il y avait lieu de prendre en considération la preuve présentée par les plaignantes quant à l'effet que les lettres ont eu sur elles pour déterminer ce que signifiaient ces mots pour une personne raisonnable.

Ces jeunes femmes ont été obligées de vivre avec la menace d'être agressées sexuellement et de mener leurs activités en sachant qu'elles étaient traquées par l'appelant. Aucune personne raisonnable ne pourrait, à la lecture de ces lettres, arriver à une autre conclu-

sion than that they constituted a threat to cause serious bodily harm. The threat resulted in the restriction of life style, of movement and of choice of action that the section was designed to alleviate. This is the very type of threat that s. 264.1(1)(a) was designed to combat. The evidence of the complainants coupled with a review of the words of the letter would inevitably lead to the conclusion that the accused had knowingly uttered a threat to cause the complainants serious bodily harm. The facts of this case required a conviction on the three charges.

Summary

For the purposes of s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code* "serious bodily harm" means any hurt or injury, whether physical or psychological, that interferes in a substantial way with the integrity, health or well-being of a victim. To determine whether spoken or written words constitute a threat to cause serious bodily harm they must be looked at in the context in which they were spoken or written, in light of the person to whom they were addressed and the circumstances in which they were uttered. They should be viewed in an objective way and the meaning attributed to the words should be that which a reasonable person would give to them. A threat to rape in and of itself considered in light of the context of the written words or conversation in which the threat was made and of the person to whom the words were addressed may constitute a threat to cause serious bodily harm. In this case the threats contained in the letters constitute a threat to cause serious bodily harm.

Disposition

In the result I would dismiss the appeal and affirm the decision of the majority of the Court of Appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

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

sion que celle qu'elles constituaient une menace de causer des blessures graves. La menace a entraîné une restriction du mode de vie, de mouvement et de choix d'action, restriction que l'article était destiné à éviter. Il s'agit du type même de menaces que l'al. 264.1(1)a est censé combattre. La preuve des plaignantes, conjuguée à l'examen des termes de la lettre, mène inévitablement à la conclusion que l'accusé a sciemment proféré une menace de causer des blessures graves aux plaignantes. Les faits de l'espèce exigent une déclaration de culpabilité à l'égard des trois accusations.

Résumé

Aux fins de l'al. 264.1(1)a du *Code criminel*, l'expression «blessures graves» signifie toute blessure ou lésion, physique ou psychologique, qui nuit d'une manière importante à l'intégrité, à la santé ou au bien-être d'une victime. Pour déterminer si des termes écrits ou prononcés constituent une menace de causer des blessures graves, ils doivent être examinés dans le contexte dans lequel ils ont été prononcés ou écrits, compte tenu de la personne à qui ils s'adressaient et des circonstances dans lesquelles ils ont été proférés. Ils doivent être examinés d'une manière objective et la signification attribuée aux termes devrait être celle que leur donnerait une personne raisonnable. Une menace de viol en elle-même, examinée en fonction du contexte des termes écrits ou de la conversation dans laquelle la menace a été proférée, ainsi que de la personne à qui les mots s'adressaient, peut constituer une menace de causer des blessures graves. En l'espèce, les menaces contenues dans les lettres constituaient une menace de causer des blessures graves.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel à la majorité.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

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

**Philip Furtney, Scott Furtney, Diane Roy,
Hugh Chamney and Diamond Bingo Inc.
(62394) Appellants**

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec, the Attorney
General for Alberta, the Attorney General
for Saskatchewan and the Attorney General
of Newfoundland** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FURTNEY

File No.: 21759.

1991: June 20; 1991: September 26.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory,
McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Delegation — Criminal law —
Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except
those conducted in accordance with terms and condi-
tions of licence issued by Lieutenant Governor in Coun-
cil of province — Whether lottery provisions in Code
improperly delegating criminal law power — Criminal
Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).*

*Constitutional law — Colourability — Criminal law —
Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except
those conducted in accordance with terms and condi-
tions of licence issued by Lieutenant Governor in Coun-
cil of province — Whether lottery provisions in Code
create invalid discretionary regulatory regime — Crimi-
nal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right not
to be found guilty unless act or omission constituted
offence in law — Criminal Code prohibiting lotteries
except those in accordance with terms and conditions of
licence issued by Lieutenant Governor in Council of
province — Terms and conditions of licence not pub-*

**Philip Furtney, Scott Furtney, Diane Roy,
Hugh Chamney et Diamond Bingo Inc.
(62394) Appellants**

^a
c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

^b
et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général du Québec, le procureur
général de l'Alberta, le procureur général
de la Saskatchewan et le procureur général
de Terre-Neuve** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. FURTNEY

^d
N° du greffe: 21759.

1991: 20 juin; 1991: 26 septembre.

^e
Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

^f
*Droit constitutionnel — Délégation — Droit criminel
— Loteries — Loteries interdites par le Code criminel
sauf celles tenues conformément aux modalités d'une
licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil
d'une province — Les dispositions du Code relatives
aux loteries constituent-elles une délégation irrégulière
d'un pouvoir en matière de droit criminel? — Code cri-
minel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).*

^g
*Droit constitutionnel — Législation déguisée — Droit
criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code
criminel sauf celles tenues conformément aux modalités
d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en
conseil d'une province — Les dispositions du Code rela-
tives aux loteries créent-elles un régime de réglementa-
tion discrétionnaire invalide? — Code criminel, L.R.C.
(1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).*

^h
*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de
ne pas être reconnu coupable si un acte ou une omission
ne constitue pas une infraction en droit — Loteries
interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformé-
ment aux modalités d'une licence délivrée par le lieu-
tenant-gouverneur en conseil d'une province — Moda-*

lished in official gazette — Accused convicted of counselling conduct of lottery in manner not authorized by terms and conditions of licence — Whether non-publication of terms and conditions infringes s. 11(g) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207.

Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Accused convicted of counselling conduct of lottery in manner not authorized by terms and conditions of licence — Whether non-publication of terms and conditions of licence in official gazette bar to conviction — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207 — *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, ss. 2(1), 11(2).

The appellants were charged with counselling bingo licensees to violate the terms and conditions of their licences, contrary to ss. 22 and 207(3) of the *Criminal Code*. The provincial terms and conditions for bingo lotteries are set out in provincial orders-in-council, regulations or directions which, while not published in the Canada or Ontario Gazettes, are provided to each licensee when the licence is issued. The appellants were acquitted in the Provincial Court on the ground that ss. 207(1)(b) and 207(2) of the *Code* were *ultra vires* Parliament as an improper delegation of criminal law. The impugned sections contemplate the development of a defined licensing lottery scheme with licences to be issued by or under the authority of the Lieutenant Governor in Council. That scheme may be established by provincial legislation. Ontario has no legislative lottery scheme. The summary conviction appeal court allowed the Crown's appeal, set aside the acquittals and ordered a new trial. The appellants' appeal to the Court of Appeal was dismissed. This appeal is to determine (1) whether ss. 207(1)(b), 207(2) or 207(3) of the *Code* are *ultra vires* Parliament as improper delegation to a provincial body of a matter within the exclusive competence of the federal government; (2) whether ss. 207(1)(b), 207(2) and 207(3) create a discretionary administrative regulatory regime to govern lotteries; and (3) whether the non-publication of the terms and conditions imposed under ss. 207(1)(b) and 207(2) infringes

lités de la licence non publiées dans la gazette officielle — Accusés reconnus coupables d'avoir conseillé de tenir une loterie d'une manière non permise par les modalités de la licence — La non-publication des modalités contrevient-elle à l'art. 11g) de la Charte canadienne des droits et libertés? — *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207.

Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Accusés reconnus coupables d'avoir conseillé de tenir une loterie d'une manière non permise par les modalités de la licence — La non-publication des modalités dans la gazette officielle empêche-t-elle toute déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207 — *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 2(1), 11(2).

Les appelants ont été accusés d'avoir conseillé à des titulaires de licences de bingo de ne pas respecter les conditions de leurs licences, contrairement à l'art. 22 et au par. 207(3) du *Code criminel*. Les conditions provinciales de ces jeux de bingo sont énoncées dans des décrets, directives ou règlements provinciaux et, bien qu'elles ne soient pas publiées dans la gazette officielle du Canada ou celle de l'Ontario, elles sont fournies à chaque titulaire au moment de la délivrance de la licence. Les appelants ont été acquittés en Cour provinciale pour le motif que l'al. 207(1)(b) et le par. 207(2) du *Code* excédaient la compétence du Parlement étant donné que ces dispositions constituaient une délégation irrégulière de pouvoir en matière de droit criminel. Les dispositions contestées envisagent l'établissement d'un régime d'autorisation de loterie défini comportant des licences à délivrer par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne. Ce régime peut être établi au moyen d'une loi provinciale. L'Ontario n'a pas de régime législatif en matière de loteries. La cour d'appel des poursuites sommaires a accueilli l'appel interjeté par le ministère public, annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'appel interjeté par les appelants devant la Cour d'appel a été rejeté. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si l'al. 207(1)(b) ou les par. 207(2) ou 207(3) du *Code* excèdent la compétence du Parlement à titre de délégation irrégulière à un organisme provincial d'une matière relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral; (2) si l'al. 207(1)(b) ou les par. 207(2) ou 207(3) créent un régime d'administration et de réglementation discrétionnaire applicable aux loteries; et (3) si la non-publication des modalités prescrites en vertu de l'al. 207(1)(b) et du par. 207(2) porte atteinte aux droits

the rights guaranteed under s. 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be dismissed.

While Parliament cannot delegate its legislative authority to a provincial legislature, there is no prohibition against delegating such authority to any other body. Parliament may also incorporate provincial legislation by reference or limit the reach of its legislation by a condition, namely the existence of provincial legislation. That is not a delegation. In the exercise of its powers, Parliament is free to define the area in which it chooses to act and, in so doing, may leave other areas open to valid provincial legislation. If a province legislates in respect of an open area, it is not doing so as a delegate, but in the exercise of its powers under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The regulation of gaming activities has a clear provincial aspect under s. 92 subject to Parliamentary paramountcy in the case of a clash between federal and provincial legislation.

The Lieutenant Governor in Council has capacity or status to receive a delegated power. He is not subject to any constitutional prohibition against the acceptance of delegated authority. While in some instances a delegation to the Lieutenant Governor would be tantamount to a delegation to a legislature, that question need not be resolved here because the essential elements of the federal lottery scheme are spelled out in the *Code* and the Lieutenant Governor only made administrative decisions relating to matters of essentially provincial concern. These decisions fall within the ambit of *Re Peralta and The Queen* (1985), 49 O.R. (2d) 705.

Sections 207(1)(b) and 207(2) of the *Code* do not fall within the constitutional prohibition of inter-delegation of legislative powers. Section 207(1)(b) does not impose any right or duty on a provincial legislature. It gives authority to the Lieutenant Governor in Council or a person or authority specified by him. Section 207(2) similarly does not impose any right or duty on a provincial legislature, with the exception of the last phrase, which provides that a licence issued by or under the authority of the Lieutenant Governor in Council may contain such relevant terms and conditions as "any law enacted by the legislature of that province may prescribe". This provision should not be read as a delegation of legislative authority by Parliament but as incorporating by reference provincial legislation authorizing the Lieutenant Governor in Council to issue licences

garantis à l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Bien que le Parlement ne puisse déléguer son pouvoir législatif à une législature provinciale, il n'est pas interdit de déléguer ce pouvoir à un autre organisme. Le Parlement peut également incorporer une loi provinciale par renvoi ou limiter la portée de sa loi au moyen d'une condition, à savoir l'existence d'une loi provinciale. Il n'y a pas là délégation. Dans l'exercice de ses pouvoirs, le Parlement est libre de définir le domaine dans lequel il choisit d'agir et, ce faisant, il peut permettre que d'autres aspects soient régis par une loi provinciale valide. Si une province légifère dans un domaine où elle est autorisée à le faire, elle le fait non pas à titre de délégataire, mais dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La réglementation des activités de jeu a un aspect provincial manifeste en vertu de l'art. 92, sous réserve de la compétence prépondérante du Parlement en cas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale.

Le lieutenant-gouverneur en conseil a la capacité ou le statut requis pour recevoir un pouvoir délégué. La Constitution ne lui interdit nullement d'accepter un pouvoir délégué. Bien que, dans certains cas, une délégation en faveur du lieutenant-gouverneur équivaille à une délégation en faveur d'une législature, il n'est pas nécessaire de résoudre cette question en l'espèce puisque les éléments essentiels du régime fédéral de loterie sont énoncés dans le *Code* et que le lieutenant-gouverneur n'a fait que prendre des décisions administratives concernant des matières d'intérêt essentiellement provincial. L'arrêt *Re Peralta and The Queen* (1985), 49 O.R. (2d) 705 s'applique à ces décisions.

L'alinéa 207(1)b) et le par. 207(2) du *Code* ne sont pas visés par l'interdiction faite par la Constitution de déléguer des pouvoirs législatifs. L'alinéa 207(1)b) ne confère aucun droit ni n'impose aucune obligation à une législature provinciale. Il confère un pouvoir au lieutenant-gouverneur en conseil ou encore à la personne ou à l'autorité que ce dernier désigne. De même, le par. 207(2) ne confère aucun droit ni n'impose aucune obligation à une législature provinciale, sauf la partie qui prévoit qu'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne peut être assortie des conditions pertinentes qu'«une loi provinciale peut fixer». Cette disposition doit s'interpréter non pas comme une délégation d'un pouvoir législatif par le Parlement, mais comme incorporant par renvoi une loi provinciale qui autorise le

containing relevant terms and conditions or as excluding from the reach of the criminal law prohibition lotteries licensed under provincial law so long as that licensing is by or under the authority of the Lieutenant Governor in Council.

Sections 207(1)(b), 207(2) and 207(3) do not create a discretionary administrative regulatory regime to govern lotteries. Parliament did not attempt to use its criminal law power as a colourable means of regulating matters within provincial jurisdiction. The decriminalization of lotteries licensed under prescribed conditions constitutes a definition of the crime, defining the reach of the offence. This is a constitutionally permissive exercise of the criminal law power, reducing the area subject to criminal law prohibition where certain conditions exist.

The non-publication of the terms and conditions of the lottery licences did not infringe s. 11(g) of the *Charter*. The section is directed toward the need that impugned conduct be criminal at the time of its commission and has nothing to do with the question of how the law is to be made known. However, assuming that s. 11(g) embraces some concept of availability, the most that can be said is that the law should be ascertainable by those affected by it. Since the terms and conditions are furnished to every licensee, this requirement has been met.

The non-publication of the terms and conditions under which the licences were issued is not a bar to a conviction. While there is an order-in-council, not published as a statutory instrument, setting out some terms and conditions, the offence charged relates to the terms and conditions of specified licences and involves an allegation that those terms and conditions are an express provision of the licences, a matter to be proven, rather than an allegation that the terms and conditions are imposed by law. The terms and conditions of individual licences are not within the definition of "statutory instruments" in the federal *Statutory Instruments Act*.

Cases Cited

Applied: *Re Peralta and The Queen* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.), aff'd [1988] 2 S.C.R. 1045; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; **distinguished:** *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *Johnson*

lieutenant-gouverneur en conseil à délivrer des licences contenant des conditions pertinentes ou qui soustrait à l'interdiction faite par le droit criminel les loteries autorisées en vertu d'une loi provinciale pourvu que les licences les autorisant soient délivrées par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne.

L'alinéa 207(1)b) et les par. 207(2) et 207(3) ne créent pas un régime d'administration et de réglementation discrétionnaire applicable aux loteries. Le Parlement n'a pas tenté de se servir de son pouvoir en matière de droit criminel comme moyen déguisé de réglementer des matières relevant de la compétence des provinces. La décriminalisation des loteries exploitées en vertu de licences assorties de certaines conditions précises constitue une définition de l'acte criminel, qui fixe la portée de l'infraction. C'est un exercice constitutionnellement acceptable du pouvoir en matière de droit criminel, qui réduit le champ de l'interdiction du droit criminel lorsqu'il existe certaines conditions.

La non-publication des modalités des licences de loterie ne contrevient pas à l'al. 11g) de la *Charte*. Cet alinéa exige que la conduite reprochée soit de nature criminelle au moment où elle est adoptée et il n'a rien à voir avec la question de savoir comment la loi doit être publicisée. Toutefois, en admettant que l'al. 11g) comprend une certaine notion d'accessibilité, la loi doit pouvoir, tout au plus, être vérifiée par ceux qu'elle touche. Vu que les conditions sont fournies à chaque titulaire d'une licence, il a été satisfait à cette exigence.

La publication des conditions auxquelles les licences ont été délivrées n'est pas essentielle à toute culpabilité. Bien qu'il y ait un décret, non publié en tant que texte réglementaire, qui énonce certaines conditions, l'infraction reprochée a trait aux conditions de licences spécifiées et comporte une allégation que ces conditions constituent une disposition expresse des licences, ce qui est matière de preuve, plutôt qu'une allégation que les conditions sont prescrites par la loi. Les conditions des licences particulières ne sont pas visées par la définition de «textes réglementaires» contenue dans la *Loi sur les textes réglementaires* fédérale.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Re Peralta and The Queen* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.), conf. [1988] 2 R.C.S. 1045; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; **distinction d'avec les arrêts:** *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*,

v. Attorney General of Alberta, [1954] S.C.R. 127; referred to: *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Reference as to the Validity of the Regulations in Relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1; *R. v. Wilson* (1980), 119 D.L.R. (3d) 558; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Re Board of Commerce Act*, [1922] 1 A.C. 191; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(g), 15.
Constitution Act, 1867, ss. 92(7), (9), (13).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 22 [rep. & sub. 1985, c. 19, s. 7], 190 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 12; am. 1985, c. 19, s. 31; rep. & sub. *idem*, c. 52, s. 3].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 31; rep. & sub. c. 52 (1st Suppl.), s. 3].
Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, ss. 2(1) "regulation", 11(2).

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
 Dreidger, Elmer A. "The Interaction of Federal and Provincial Laws" (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 695.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 52 C.C.C. (3d) 467, 73 C.R. (3d) 242, affirming the judgment of a summary conviction appeal court (1988), 44 C.C.C. (3d) 261, 66 C.R. (3d) 121, ordering a new trial on charges of counselling the conduct of a lottery in a manner not authorized by s. 190 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

Peter E. Harvey, Trevor Whiffen and John O'Kane, for the appellants.

Scott C. Hutchison, for the respondent.

[1951] R.C.S. 31; *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127; arrêts mentionnés: *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Reference as to the Validity of the Regulations in Relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1; *R. v. Wilson* (1980), 119 D.L.R. (3d) 558; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Re Board of Commerce Act*, [1922] 1 A.C. 191; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11g), 15.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 22 [abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 7], 190 [mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 12; mod. 1985, ch. 19, art. 31; abr. & rempl. *idem*, ch. 52, art. 3].
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 31; abr. & rempl. ch. 52 (1^{er} suppl.), art. 3].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(7), (9), (13).
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 2(1) «règlement», 11(2).

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
 Dreidger, Elmer A. «The Interaction of Federal and Provincial Laws» (1976), 54 *R. du B. can.* 695.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 52 C.C.C. (3d) 467, 73 C.R. (3d) 242, qui a confirmé la décision d'une cour d'appel des poursuites sommaires (1988), 44 C.C.C. (3d) 261, 66 C.R. (3d) 121, qui avait ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à des accusations d'avoir conseillé de tenir une loterie d'une manière non permise par l'art. 190 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

Peter E. Harvey, Trevor Whiffen et John O'Kane, pour les appelants.

Scott C. Hutchison, pour l'intimée.

I. G. Whitehall, Q.C., and Kimberly Prost, for the interveners the Attorney General of Canada.

Gilles Laporte and Monique Rousseau, for the interveners the Attorney General of Quebec.

Peter V. Teasdale, for the interveners the Attorney General for Alberta.

P. Mitch McAdam, for the interveners the Attorney General for Saskatchewan.

B. Gale Welsh, for the interveners the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of the Court was delivered by

STEVENSON J.—The appellants appeal, by leave of this Court, a decision of the Ontario Court of Appeal, affirming the decision of a summary conviction appeal court directing a new trial on charges that the appellants counselled the violation of terms and conditions of licences relating to bingo lotteries.

The issues before us relate to the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* permitting certain licensed gambling and whether the non-publication of the conditions under which the licences were issued is a bar to conviction.

Facts

The appellants were charged in an information that, on five occasions, they counselled licensees of bingo lottery schemes to violate the terms and conditions of their licences relating to bingo lotteries, contrary to s. 190(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 207(3)). In particular, they were accused of counselling the breaking of the so-called 15%-20% rule (a maximum of 15% of the revenues can go to management costs and a minimum of 20% of the revenues must go to the charity). The terms and conditions for such lotteries are set out in Order-in-Council 2797/82 and other rules, regulations and

I. G. Whitehall, c.r., et Kimberly Prost, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gilles Laporte et Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Peter V. Teasdale, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

B. Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE STEVENSON — Les appelants se pourvoient, avec l'autorisation de notre Cour, contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé la décision d'une cour d'appel des poursuites sommaires d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à des accusations selon lesquelles les appelants auraient conseillé à d'autres personnes de ne pas respecter les conditions de licences relatives au jeu de bingo.

Les points en litige devant nous ont trait à la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* autorisant certains jeux en vertu d'une licence et à la question de savoir si la publication des conditions auxquelles les licences ont été délivrées est essentielle à toute culpabilité.

Les faits

Les appelants ont été accusés, selon une dénonciation, d'avoir conseillé, à cinq reprises, à des titulaires de licences de bingo de ne pas respecter les conditions de leurs licences relatives au jeu de bingo, contrairement au par. 190(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 207(3)). Ils ont été accusés tout particulièrement d'avoir conseillé d'enfreindre la règle dite des 15 et 20 pour 100 (attribution d'un maximum de 15 pour 100 des revenus aux frais de gestion et d'un minimum de 20 pour 100 de ces mêmes revenus aux œuvres de charité). Les conditions de ces loteries sont énoncées dans le décret

directions issued by the Ministry of Consumer and Commercial Relations of Ontario. The allegation was that the substantive offence of breaching the terms and conditions of the licences was an offence under s. 190(3) of the *Code* and that, therefore, s. 22 applied (counselling an offence).

The appellants challenged the provisions of ss. 190(1)(b) and 190(2) (now ss. 207(1)(b) and 207(2)). They submitted that Parliament exceeded its powers of delegation in permitting exemptions from criminality for charitable or religious organizations operating a lottery pursuant to a licence issued by the Lieutenant Governor in Council of a province. They further argued that, even if there were a proper delegation of power to the provincial authority, Order-in-Council 2797/82 was not passed in accordance with provincial legislation and that the order, together with the other rules and directions, were not published and, therefore, did not create an offence known to law. Finally, they contended that the legislative scheme set out in ss. 190(1)(b) and 190(2) violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by reason of the unequal effect of those provisions throughout the country. The trial judge, finding that the provisions of the *Code* purporting to delegate power to the Lieutenant Governor in Council were *ultra vires* Parliament as an improper delegation of criminal law, dismissed the charges against the appellants.

The Crown appealed the summary conviction acquittals to the Supreme Court of Ontario (Weekly Court). Campbell J., allowing the appeal, set aside the acquittals and ordered a new trial for the appellants: (1988), 44 C.C.C. (3d) 261, 66 C.R. (3d) 121.

The appellants' appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed: (1989), 52 C.C.C. (3d) 467, 73 C.R. (3d) 242.

n° 2797/82 et d'autres règles, directives et règlements établis par le ministère de la Consommation et du Commerce de l'Ontario. On a allégué que l'infraction matérielle du non-respect des conditions des licences était une infraction visée au par. 190(3) du *Code* et que, par conséquent, l'art. 22 s'appliquait (conseiller à une autre personne de commettre une infraction).

Les appelants ont contesté les dispositions de l'al. 190(1)b) et du par. 190(2) (maintenant l'al. 207(1)b) et le par. 207(2)). Ils ont soutenu que le Parlement outrepassait son pouvoir de délégation en autorisant des exemptions de l'application du droit criminel dans le cas des organismes de charité ou des organismes religieux qui exploitent une loterie conformément à une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province. Ils ont en outre fait valoir que, même s'il y avait une délégation régulière de pouvoir aux autorités provinciales, le décret 2797/82 n'a pas été adopté conformément à la loi provinciale et que le décret ainsi que les autres règles et directives ne créent pas d'infraction reconnue en droit du fait qu'ils n'ont pas été publiés. Ils ont enfin prétendu que le régime législatif énoncé à l'al. 190(1)b) et au par. 190(2) violait l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que ces dispositions n'avaient pas le même effet partout au Canada. Après avoir conclu que les dispositions du *Code* censées déléguer un pouvoir au lieutenant-gouverneur en conseil excédaient la compétence du Parlement parce qu'elles constituaient une délégation irrégulière de pouvoir en matière de droit criminel, le juge du procès a rejeté les accusations portées contre les appelants.

Le ministère public a interjeté appel devant la Cour suprême de l'Ontario (cour des sessions hebdomadaires) contre les acquittements prononcés à l'égard des poursuites sommaires. Le juge Campbell, qui a accueilli l'appel, a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour les appelants: (1988), 44 C.C.C. (3d) 261, 66 C.R. (3d) 121.

L'appel interjeté par les appelants devant la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté: (1989), 52 C.C.C. (3d) 467, 73 C.R. (3d) 242.

Judgments*Provincial Court of Ontario*

The trial judge observed that:

The problem of inter-delegation in the case at bar has to do with a direct delegation of what the provincial prosecutor argues are administrative powers only, that is a delegation from the Criminal Code which is strictly within the competence of Parliament to an administrative body totally under the control of the Provincial cabinet. The defence argues that this is an indirect conferring of legislative power to the Province in the absence of any provincial legislation.

Noting that criminal law must be construed strictly, he queried whether a breach of one of the regulations or directives of the Provincial Lotteries Branch constituted an offence to bring into play the full force of the criminal law. He stated that:

One must assume that the reason for non-publication [of the order, regulations and directives] was the perception by the Provincial Government that the Order-in-Council and other policy directives were simply administrative, which of course is the Crown's position. This places the Province in a dilemma. The sanctions are strictly under the Criminal Code, yet it is sought to impose criminal sanctions pursuant to a perceived administrative act of a provincial authority.

I must come to the conclusion that the Order-in-Council and other directives of the Provincial authority under which the present charges are laid are in essence legislative in that they purport to create offences punishable under the Criminal Code and as such are not offences known to law.

With some reluctance, I must find that the provisions of Section 190(1)(b) and 190(2) of the Criminal Code purporting to delegate power to the Lieutenant Governor in Council of a province with respect to the conduct and management of lotteries as therein set out are ultra vires Parliament as an improper delegation of criminal law.

Les jugements*La Cour provinciale de l'Ontario*

^a Le juge du procès a fait remarquer que:

[TRADUCTION] Le problème de délégation en l'espèce a trait à une délégation directe de ce qui, selon le procureur provincial, constitue des pouvoirs administratifs seulement, c'est-à-dire une délégation à partir du Code criminel qui relève strictement de la compétence du Parlement à un organisme administratif qui relève entièrement du cabinet provincial. La défense soutient que cela a pour effet de conférer indirectement un pouvoir législatif à la province en l'absence de toute loi provinciale.

Constatant que le droit criminel doit être interprété de façon stricte, il s'est demandé si le manquement à l'un des règlements ou directives de la Direction générale des loteries provinciales constituait une infraction donnant lieu à pleine application du droit criminel. Il a déclaré que:

[TRADUCTION] Il faut présumer que la non-publication [du décret, du règlement et des directives] s'expliquait par le fait que le gouvernement provincial considérait que le décret et les autres directives étaient de nature purement administrative, ce qui naturellement est la thèse du ministère public. Cela place la province dans un dilemme. Les peines sont formellement prescrites par le Code criminel, et pourtant on tente de faire infliger des peines criminelles en vertu de ce qui est perçu comme un acte administratif de la part d'autorités provinciales.

^g Je dois en arriver à la conclusion que le décret et les autres directives des autorités provinciales en vertu desquels les présentes accusations ont été portées sont des mesures essentiellement législatives en ce qu'elles sont censées créer des infractions punissables en vertu du Code criminel et ne constituent pas, comme telles, des infractions reconnues en droit.

ⁱ Je dois conclure, avec un certain regret, que les dispositions de l'alinéa 190(1)(b) et du paragraphe 190(2) du Code criminel qui sont censées déléguer un pouvoir au lieutenant-gouverneur en conseil d'une province relativement à la mise sur pied et à l'exploitation de loteries, de la manière qui y est prévue, excèdent la compétence du Parlement pour le motif qu'elles constituent une délégation irrégulière de pouvoir en matière de droit criminel.

The trial judge found it unnecessary to deal with the argument under s. 15 of the *Charter*.

Supreme Court of Ontario (Weekly Court)

The summary conviction appeal judge noted that the charge against the appellants was not that they had violated the conditions of a licence but rather that they had counselled a lottery which was not authorized by or pursuant to s. 190 of the *Criminal Code*.

The summary conviction appeal judge observed that the Ontario Court of Appeal in *Re Peralta and The Queen* (1985), 49 O.R. (2d) 705, upheld the delegation in the federal Fisheries Regulations of the power to a provincial minister to issue fishing licences and to impose terms and conditions. In that case, the Court held that the effect of the federal regulations was to set general policy and that, in setting individual fishing quotas within those policy guidelines, the provincial minister was acting in a manner consistent with the regulations. In the opinion of Campbell J., that is exactly what was done in the present case. In decriminalizing and, in fact legalizing, certain forms of gambling in s. 190, Parliament was creating a regulated industry. It set the general guidelines for the regulated industry and left it to the provinces to provide the details of the scheme of regulation. The trial judge, in his view, erred in law in distinguishing *Re Peralta*. *Re Peralta* was affirmed by this Court, [1988] 2 S.C.R. 1045 (*sub nom. Peralta v. Ontario*), "substantially for the reasons given by MacKinnon A.C.J.O."

Campbell J. did not agree with the appellants' contention that the charges did not disclose an offence known to law. He observed that neither the order-in-council nor the terms and conditions of the licence are regulations or statutory instruments and that there is no requirement that they be "gazetted". In his view, s. 11(g) of the *Charter* has nothing to do with publication of laws or statutory instruments. It provides that no one should be convicted of an offence unless

Le juge du procès a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner l'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

a La Cour suprême de l'Ontario (cour des sessions hebdomadaires)

Le juge d'appel des poursuites sommaires a souligné que les appelants étaient accusés non pas d'avoir violé les conditions d'une licence, mais plutôt d'avoir conseillé de tenir une loterie qui n'était pas autorisée par l'art. 190 du *Code criminel* ou conformément à cet article.

c Le juge d'appel des poursuites sommaires a fait remarquer que, dans *Re Peralta and The Queen* (1985), 49 O.R. (2d) 705, la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la délégation, prévue en faveur du ministre d'une province dans le règlement fédéral sur les pêcheries, du pouvoir de délivrer des licences de pêche et de les assortir de conditions. Dans cette affaire, la cour a statué que le règlement fédéral avait pour effet d'établir une politique générale et qu'en fixant des limites de prises par personne dans le cadre de ces lignes directrices, le ministre provincial agissait d'une manière compatible avec le règlement. De l'avis du juge Campbell, c'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. En décriminalisant et, de fait en légalisant, certaines formes de jeu à l'art. 190, le Parlement a créé une industrie réglementée. Il a établi des lignes directrices générales relativement à l'industrie réglementée et a laissé aux provinces le soin de prescrire les détails du régime de réglementation. Le juge du procès, à son avis, a commis une erreur de droit en faisant une distinction d'avec l'arrêt *Re Peralta*. Ce dernier arrêt a été confirmé par notre Cour, [1988] 2 R.C.S. 1045 (*sub. nom. Peralta c. Ontario*), «essentiellement pour les motifs donnés par le juge en chef adjoint de l'Ontario MacKinnon».

Le juge Campbell n'a pas accepté l'argument des appelants selon lequel les accusations portées ne révélaient pas l'existence d'une infraction reconnue en droit. Il a fait remarquer que ni le décret ni les conditions de la licence ne constituent des règlements ou des textes réglementaires et qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient «publiés dans le journal officiel». Selon lui, l'al. 11g) de la *Charte* n'a rien à voir avec la publication des lois ou des textes réglementaires. Il

the law is actually in force at the time of the offence but does not speak of the manner in which the law is to be made known. He added that, if there is a constitutional requirement in s. 11(g) or s. 7 that the content of criminal sanctions should be accessible to the general public, the requirement has been met as the licensing conditions are provided to each licensee when the licence is issued.

In the opinion of the summary appeal judge, the impugned provisions do not offend s. 15 of the *Charter*.

Court of Appeal

The Court of Appeal was of the view that the essential elements of the offence are found not in the terms and conditions of the licences but, rather, in the wording of s. 207(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 190(3)). In other words, it was incumbent upon the Crown to establish that the appellants counselled the licensees, for the purpose of a lottery scheme, to do something not authorized by a provision of s. 207 in connection with the conduct, management or operation of the lottery scheme.

The Court of Appeal rejected the argument that s. 207 and the scheme created by it are unconstitutional because they contravene the equality provisions of s. 15 of the *Charter*. In its opinion, the authoritative analyses of the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, and *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922, have made it clear that no equality rights of the appellants have been infringed in the present case and that s. 15 of the *Charter* therefore has no application.

The Court of Appeal was not persuaded that s. 207 of the *Code* and the scheme created by it amount to a delegation by Parliament of the exercise of the criminal law power to provincial authorities. It agreed with the summary appeal judge that the trial judge erred in distinguishing *Re Peralta* and that the reasoning of

prévoit que nul ne devrait être déclaré coupable d'une infraction à moins que la loi ne soit vraiment en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction, mais il ne mentionne pas comment la loi doit être publicisée. Il a ajouté que, si l'al. 11g) ou l'art. 7 contient une obligation constitutionnelle de rendre accessible au grand public la teneur des peines criminelles, on a satisfait à cette obligation car les conditions d'autorisation sont fournies à chaque titulaire au moment de la délivrance de la licence.

D'après le juge d'appel des poursuites sommaires, les dispositions contestées ne vont pas à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte*.

La Cour d'appel

La Cour d'appel était d'avis que les éléments essentiels de l'infraction ne se trouvent pas dans les conditions des licences mais plutôt dans le texte du par. 207(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant le par. 190(3)). En d'autres mots, il incombait au ministère public de prouver que les appelants ont conseillé aux titulaires des licences, aux fins d'une loterie, de faire quelque chose qui n'était pas permis par une disposition de l'art. 207 relativement à la mise sur pied, à la gestion ou à l'exploitation de cette loterie.

La Cour d'appel a rejeté l'argument selon lequel l'art. 207 et le régime créé par celui-ci sont inconstitutionnels pour le motif qu'ils vont à l'encontre des dispositions de l'art. 15 de la *Charte* relatives à l'égalité. À son avis, les analyses faisant autorité auxquelles s'est livrée la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, et *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922, ont fait ressortir clairement qu'il n'y a pas eu violation des droits à l'égalité des appelants en l'espèce et que l'art. 15 de la *Charte* ne s'applique donc pas.

La Cour d'appel n'était pas convaincue que l'art. 207 du *Code* et le régime créé par celui-ci équivalent à une délégation du Parlement aux autorités provinciales de l'exercice de son pouvoir en matière de droit criminel. Elle était d'accord avec le juge d'appel des poursuites sommaires pour dire que le

the Court of Appeal in that case dictated the result in the present case.

The court rejected, as well, the appellants' submission that the information disclosed no offence known to law. That argument depended upon their submission that the terms and conditions of the bingo licences are the essential elements of the substantive offence, a submission which was rejected by the court. In the court's view, it was impossible to obtain a bingo licence without becoming aware of its terms and conditions.

Relevant Legislation Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right *d*

(g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations; *e*

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

207. (1) Notwithstanding any of the provisions of this Part relating to gaming and betting, it is lawful

(b) for a charitable or religious organization, pursuant to a licence issued by the Lieutenant Governor in Council of a province or by such other person or authority in the province as may be specified by the Lieutenant Governor in Council thereof, to conduct and manage a lottery scheme in that province if the proceeds from the lottery scheme are used for a charitable or religious object or purpose; *h*

(2) Subject to this Act, a licence issued by or under the authority of the Lieutenant Governor in Council of a province as described in paragraph (1)(b), (c), (d) or (f) may contain such terms and conditions relating to the

juge du procès a commis une erreur en faisant une distinction d'avec la décision *Re Peralta* et que le raisonnement suivi par la Cour d'appel dans cette affaire dictait l'issue de la présente affaire.

La cour a rejeté également la prétention des appelants selon laquelle la dénonciation ne révélait aucune infraction reconnue en droit. Cet argument reposait sur leur prétention que les conditions des licences de bingo sont les éléments essentiels de l'infraction matérielle, laquelle prétention a été rejetée par la cour. D'après la cour, il était impossible d'obtenir une licence de bingo sans être mis au courant de ses conditions. *c*

Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

(g) de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction d'après le droit interne du Canada ou le droit international et n'avait pas de caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations; *e*

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

207. (1) Par dérogation aux autres dispositions de la présente partie en matière de jeux et de paris, les règles qui suivent s'appliquent aux personnes et organismes mentionnés ci-après: *f*

(b) un organisme de charité ou un organisme religieux peut, en vertu d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne, mettre sur pied et exploiter une loterie dans la province si le produit de la loterie est utilisé à des fins charitables ou religieuses; *g*

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, une licence délivrée en vertu de l'un des alinéas (1)(b), (c), (d) ou (f) par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province ou par la personne ou l'autorité

conduct, management and operation of or participation in the lottery scheme to which the licence relates as the Lieutenant Governor in Council of that province, the person or authority in the province designated by the Lieutenant Governor in Council thereof or any law enacted by the legislature of that province may prescribe.

(3) Every one who, for the purposes of a lottery scheme, does anything that is not authorized by or pursuant to a provision of this section

(a) in the case of the conduct, management or operation of that lottery scheme,

(i) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(ii) is guilty of an offence punishable on summary conviction; or

(b) in the case of participating in that lottery scheme, is guilty of an offence punishable on summary conviction.

qu'il désigne peut être assortie des conditions que celui-ci, la personne ou l'autorité en question ou une loi provinciale peut fixer à l'égard de la mise sur pied, de l'exploitation ou de la gestion de la loterie autorisée par la licence ou à l'égard de la participation à celle-ci.

(3) Quiconque, dans le cadre d'une loterie, commet un acte non autorisé par une autre disposition du présent article ou en vertu de celle-ci est coupable:

a) dans le cas de la mise sur pied, de l'exploitation ou de la gestion de cette loterie:

(i) soit d'un acte criminel et est passible d'un emprisonnement maximal de deux ans,

(ii) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire;

b) dans le cas de la participation à cette loterie, d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Issues

The following constitutional questions were stated by Lamer C.J. on September 17, 1990:

1. Do sections 207(1)(b), 207(2) and 207(3) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, create a discretionary administrative regulatory regime to govern lotteries, and if so, is it thereby *ultra vires* Parliament?
2. Are sections 207(1)(b), 207(2) or 207(3) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, or any combination thereof, *ultra vires* Parliament as improper delegation to a provincial body of a matter within the exclusive competence of the Federal Government?
3. Does the non-publication of the terms and conditions imposed under ss. 207(1)(b) and 207(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe or deny the rights guaranteed under ss. 7 or 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If so, is such non-publication a reasonable limit prescribed by law demonstrably justified in a free and democratic society and thereby saved by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le juge en chef Lamer le 17 septembre 1990:

1. L'alinéa 207(1)b) et les par. 207(2) et (3) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, créent-ils un régime d'administration et de réglementation discrétionnaire applicable aux loteries et, dans l'affirmative, excèdent-ils la compétence du Parlement?
2. L'alinéa 207(1)b) ou les par. 207(2) ou (3) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou toute combinaison de ces dispositions, excèdent-ils la compétence du Parlement à titre de délégation irrégulière à un organisme provincial d'une matière relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral?
3. La non-publication des modalités prescrites en vertu de l'al. 207(1)b) et du par. 207(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'art. 7 ou à l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans l'affirmative, pareille non-publication est-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 et qui est, de ce fait, sauvegardée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Discussion

The appellants were acquitted at trial as a result of their seeking and obtaining, on an agreed statement of facts, a determination that there was an *ultra vires* delegation of criminal law. As there is a direction that there be a new trial, which I conclude should be affirmed, it is necessary to restrict the discussion to the issues before us as some questions touched upon in argument may properly have to be canvassed at that new trial.

I begin by addressing the second constitutional question as it was that which appears to found the trial judgment. Does the *Code* invalidly delegate to the province the authority to make criminal law?

The sections under consideration contemplate the development of a defined licensing scheme with licences to be issued by or under the authority of the Lieutenant Governor in Council. That scheme may be established by provincial legislation, but nothing in the sections requires the existence of provincial legislation. If there is provincial legislation then, as I shall explain, there may be no question of delegation. If, however, there is no provincial legislation, provincial authorities may be said to be exercising a delegated power in defining the circumstances giving rise to an exemption from the reach of the criminal law. The Ontario Court of Appeal characterized any delegation as a delegation of administrative powers.

All parties agree that the prohibition of gaming is an exercise of the criminal law power.

The leading authority on what is best described as prohibited inter-delegation is *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31. It establishes that Parliament cannot delegate its legislative authority to a provincial legislature. We must, then, ask whether the impugned provisions of the *Code* delegate legislative authority over

Analyse

Les appelants ont été acquittés à leur procès après avoir demandé et obtenu, sur production d'un exposé conjoint des faits, un jugement selon lequel il y a eu une délégation inconstitutionnelle de pouvoir en matière de droit criminel. Comme il existe une ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès, laquelle, selon moi, devrait être confirmée, il faut limiter l'examen aux questions dont nous sommes saisis, car certaines questions soulevées au cours des plaidoiries peuvent, à juste titre, faire l'objet de débat dans le cadre de ce nouveau procès.

J'aborderai d'abord la deuxième question constitutionnelle, puisque c'est sur elle que paraît reposer le jugement du procès. Est-ce que le *Code* délègue irrégulièrement à la province le pouvoir de légiférer en matière criminelle?

Les dispositions en cause envisagent l'établissement d'un régime d'autorisation défini comportant des licences à délivrer par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne. Ce régime peut être établi au moyen d'une loi provinciale, mais rien dans les dispositions en cause n'exige l'existence d'une telle loi provinciale. S'il existe une loi provinciale, il ne peut, comme je vais l'expliquer, être question de délégation. Si, cependant, il n'y a pas de loi provinciale, on peut dire que les autorités provinciales exercent un pouvoir délégué en définissant les circonstances qui donnent naissance à une exemption de l'application du droit criminel. La Cour d'appel de l'Ontario a qualifié toute délégation de pouvoirs administratifs.

Toutes les parties sont d'accord pour dire que l'interdiction du jeu constitue un exercice de pouvoir en matière de droit criminel.

L'arrêt de principe visant ce qu'on qualifie de délégation interdite est *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31. On y statue que le Parlement ne peut déléguer son pouvoir législatif à une législature provinciale. Nous devons alors nous demander si les dispositions contestées du *Code* délèguent à la législature provinciale

some aspect of the criminal law to the provincial legislature.

On the other hand, if what Parliament does is not characterized as a delegation of a legislative power to a provincial legislature, this authority does not govern.

The issue may be described as one of characterization. The trial judge described the provincial order-in-council and directives governing licensing as actions of "the Provincial authority", and "in essence legislative". The Ontario Court of Appeal characterized it as an administrative delegation. In my view no matter how characterized the scheme is constitutionally unimpeachable.

In *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, this Court recognized that Parliament may incorporate by reference provincial legislation as it may from time to time exist. That is not a delegation. There, federal legislation gave the provincial transport board authority to license extra-provincial undertakings upon like terms and conditions as if the undertaking were a local one within the province. Cartwright J., for the majority, upholding the legislation said, at p. 575:

... there is here no delegation of law-making power, but rather the adoption by Parliament, in the exercise of its exclusive power, of the legislation of another body as it may from time to time exist. . . .

Thus, in the exercise of its powers generally, and the criminal law specifically, Parliament is free to define the area in which it chooses to act and, in so doing, may leave other areas open to valid provincial legislation.

If a province legislates in respect of an open area, it is not doing so as a delegate, but in the exercise of its powers under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. That proposition is discussed in the context of the exercise of the criminal law power in *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497. There the federal

un pouvoir législatif sur un aspect quelconque du droit criminel.

Par ailleurs, si ce que fait le Parlement n'est pas considéré comme une délégation d'un pouvoir législatif à une législature provinciale, cet arrêt ne s'applique pas.

La question en litige peut être décrite comme une question de qualification. Le juge du procès a décrit le décret provincial ainsi que les directives régissant la délivrance de licences comme étant des actes des [TRADUCTION] «autorités provinciales» qui sont «essentiellement législati[fs]». La Cour d'appel de l'Ontario l'a qualifié de délégation administrative. À mon avis, peu importe comment on le qualifie, le régime est inattaquable sur le plan constitutionnel.

Dans l'arrêt *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, notre Cour a reconnu que le Parlement peut incorporer par renvoi une loi provinciale selon qu'elle est en vigueur en aucun temps. Il n'y a pas là délégation. Dans cette affaire, la loi fédérale donnait à la commission des transports d'une province le pouvoir de délivrer des licences à des entreprises extra-provinciales aux mêmes conditions que s'il s'agissait d'une entreprise locale située à l'intérieur de la province. Le juge Cartwright a, au nom de la majorité, reconnu la validité de cette loi, affirmant à la p. 575:

[TRADUCTION] . . . le Parlement n'a délégué aucun pouvoir de faire des lois; il s'est contenté d'adopter, en exerçant son pouvoir exclusif, la législation d'un autre corps telle qu'elle peut exister à l'occasion. . . .

Ainsi, dans l'exercice de ses pouvoirs en général, et en matière de droit criminel plus précisément, le Parlement est libre de définir le domaine dans lequel il choisit d'agir et, ce faisant, il peut permettre que d'autres aspects soient régis par une loi provinciale valide.

Si une province légifère dans un domaine où elle est autorisée à le faire, elle le fait non pas à titre de déléguataire, mais dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette thèse est analysée dans le contexte de l'exercice du pouvoir en matière de droit criminel dans l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General*

Lord's Day Act made it unlawful to engage in public games or contests "except as provided in any provincial Act or law now or hereafter in force". This Court held that provincial laws permitting the otherwise prohibited conduct were not *ultra vires*, but rather provided a condition of fact that Parliament had provided as a limitation on its own statute. The permissive legislation fell within s. 92 and there was no delegation to the province. In *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384, the Privy Council had recognized that Parliament was free to prohibit and to forbear from prohibiting in the exercise of its legislative authority over criminal law.

In my view, the regulation of gaming activities has a clear provincial aspect under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* subject to Parliamentary paramountcy in the case of a clash between federal and provincial legislation. The appellants claim the contrary, citing *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127. That case does not decide that the province cannot legislate in relation to gaming activities; it decides that the province cannot prohibit and punish in the interest of public morality because such legislation is, in pith and substance, criminal law. The legislation in question there could find no legitimate anchor in s. 92. Altogether apart from features of gaming which attract criminal prohibition, lottery activities are subject to the legislative authority of the province under various heads of s. 92, including, I suggest, property and civil rights (13), licensing (9), and maintenance of charitable institutions (7) (specifically recognized by the *Code* provisions). Provincial licensing and regulation of gaming activities is not *per se* legislation in relation to criminal law.

If the licensing scheme were grounded in a provincial statute there would, therefore, be no delegation. The provincial legislation would be valid as falling within provincial heads of power. Where there is no provincial legislative base the exercise of authority

of *British Columbia*, [1959] R.C.S. 497. Dans cette affaire, la loi fédérale sur le dimanche interdisait de prendre part à des concours ou à des jeux publics «[s]auf les dispositions d'une loi provinciale actuellement ou désormais en vigueur». Notre Cour a statué que les lois provinciales autorisant ce comportement par ailleurs interdit n'étaient pas inconstitutionnelles, mais prescrivaient plutôt une condition de fait que le Parlement avait prévue comme limite à sa propre loi. La loi créant la faculté relevait de l'art. 92 et ne constituait pas une délégation en faveur de la province. Dans l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384, le Conseil privé avait reconnu que le Parlement était libre de formuler des interdictions et de s'abstenir d'en formuler dans l'exercice de son pouvoir législatif en matière de droit criminel.

À mon avis, la réglementation des activités de jeu a un aspect provincial manifeste en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sous réserve de la compétence prépondérante du Parlement en cas de conflit entre la loi fédérale et la loi provinciale. Les appelants prétendent le contraire, en citant l'arrêt *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127. Cet arrêt ne conclut pas que la province ne peut pas légiférer en matière de jeux; on y statue que la province ne peut pas interdire et punir dans l'intérêt de la moralité publique parce qu'une telle loi constitue, de par son caractère véritable, du droit criminel. La loi alors en question dans cette affaire ne pouvait reposer légitimement sur l'art. 92. Outre les aspects des jeux susceptibles d'interdiction en matière criminelle, les loteries sont soumises au pouvoir législatif de la province en vertu de divers chefs de compétence énoncés à l'art. 92, y compris, selon moi, la propriété et les droits civils (13), la délivrance de licences (9), l'entretien des institutions de charité (7) (précisément reconnues par les dispositions du *Code*). La délivrance de licences et la réglementation des activités de jeu par la province ne constituent pas en soi de la législation en matière de droit criminel.

Si le régime d'autorisation reposait sur une loi provinciale, il n'y aurait pas alors de délégation. La loi provinciale serait valide comme relevant de chefs de compétence provinciale. Même en l'absence de fondement législatif provincial, l'exercice du pouvoir

might still be valid as an exercise of the prerogative power. That point need not be pursued as the question was not argued before us.

I now turn to the question of whether the alleged ^a delegation is to a legislature. The Nova Scotia inter-delegation case is the governing authority. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 295 to 298, questions whether there is an acceptable rationale for the rule, but the parties here do not challenge it. ^b

I agree with Dreidger in "The Interaction of Federal and Provincial Laws" (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 695, when he concludes that inter-delegation is constitutionally impermissible because there is a constitutional prohibition founded upon the granting of exclusive powers to the Parliament on one hand, and the provincial legislatures on the other. ^c

The prohibition is against delegation to a legislature. There is no prohibition against delegating to any other body. The power of Parliament to delegate its legislative powers has been unquestioned, at least since the *Reference as to the Validity of the Regulations in Relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1. The delegate is, of course, always subordinate in that the delegation can be circumscribed and withdrawn. The Lieutenant Governor in Council has capacity or status to receive a delegated power: *R. v. Wilson* (1980), 119 D.L.R. (3d) 558 (B.C.C.A.), at p. 568. He is not subject to any constitutional prohibition against the acceptance of delegated authority. It may be that in some instances a delegation to the Lieutenant Governor would be tantamount to a delegation to a legislature. That question need not be resolved in this case because the essential elements of the substantial federal scheme are spelled out in the Code and what was done by the Lieutenant Governor was to make administrative decisions relating to matters of essentially provincial concern. These decisions fall within the ambit of the decision in *Re Peralta*, *supra*. ^d

Thus Parliament may delegate legislative authority to bodies other than provincial legislatures, it may incorporate provincial legislation by reference and it

pourrait encore être valide à titre d'exercice d'une prérogative. Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur ce point puisqu'il n'a pas été débattu devant nous.

Je passe maintenant à la question de savoir si la prétendue délégation est faite en faveur d'une législature. L'arrêt qui fait autorité est l'affaire de la délégation en faveur de la Nouvelle-Écosse. Dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), Hogg se demande, aux pp. 295 à 298, si la règle est justifiable, mais les parties en l'espèce ne la contestent pas. ^e

Je suis d'accord avec Dreidger lorsqu'il conclut, dans «The Interaction of Federal and Provincial Laws» (1976), 54 *R. du B. can.* 695, que la délégation est constitutionnellement inacceptable car il existe une interdiction constitutionnelle fondée sur l'attribution de pouvoirs exclusifs au Parlement, d'une part, et aux législatures provinciales, d'autre part. ^f

Cette interdiction vise la délégation en faveur d'une législature. Il n'est pas interdit de déléguer un pouvoir à un autre organisme. Le pouvoir du Parlement de déléguer ses pouvoirs législatifs n'a pas été mis en doute, au moins depuis *Reference as to the Validity of the Regulations in Relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1. Le délégué est naturellement toujours subordonné parce que la délégation peut être limitée et retirée. Le lieutenant-gouverneur en conseil a la capacité ou le statut requis pour recevoir un pouvoir délégué: *R. v. Wilson* (1980), 119 D.L.R. (3d) 558 (C.A.C.-B.), à la p. 568. La Constitution ne lui interdit nullement d'accepter un pouvoir délégué. Il se peut que, dans certains cas, une délégation en faveur du lieutenant-gouverneur équivaille à une délégation en faveur d'une législature. Il n'est pas nécessaire de résoudre cette question en l'espèce puisque les éléments essentiels de l'important régime fédéral sont énoncés dans le Code et que le lieutenant-gouverneur n'a fait que prendre des décisions administratives concernant des matières d'intérêt essentiellement provincial. L'arrêt *Re Peralta*, précité, s'applique à ces décisions. ^g

Ainsi, le Parlement peut déléguer un pouvoir législatif à des organismes autres que les législatures provinciales, il peut incorporer une loi provinciale par

may limit the reach of its legislation by a condition, namely the existence of provincial legislation.

I now analyze and characterize the sections in question here.

Section 207(1)(b) does not impose any right or duty on a provincial legislature. It gives authority to the Lieutenant Governor in Council or a person or authority specified by him. Regardless of the nature of the delegation, it is not a prohibited inter-delegation.

Section 207(2) similarly does not impose any right or duty on a provincial legislature, with the exception of the last phrase which provides that a licence issued by or under the authority of the Lieutenant Governor in Council may contain such relevant terms and conditions as "any law enacted by the legislature of that province may prescribe".

I do not read that provision as a delegation of legislative authority by Parliament. In my view, the provision may be read as incorporating by reference provincial legislation authorizing the Lieutenant Governor in Council to issue licences containing relevant terms and conditions or as excluding from the reach of the criminal law prohibition, lotteries licensed under provincial law so long as that licensing is by or under the authority of the Lieutenant Governor in Council. Dreidger, in the article to which I have referred, notes that the *Criminal Code* exemption for lotteries conducted in accordance with a provincial statute is not a delegation. I agree.

I note that these very provisions were referred to as valid by Laskin C.J. in his dissenting judgment (the majority not addressing the matter) in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616. The Chief Justice (at p. 627) referred to Parliament's authority to introduce dispensations or exemptions from criminal law in determining what is and what is not criminal.

renvoi et il peut limiter la portée de sa loi au moyen d'une condition, à savoir l'existence d'une loi provinciale.

Je vais maintenant analyser et qualifier les articles dont il est question dans la présente affaire.

L'alinéa 207(1)b) ne confère aucun droit ni n'impose aucune obligation à une législature provinciale. Il confère un pouvoir au lieutenant-gouverneur en conseil ou encore à la personne ou à l'autorité que ce dernier désigne. Indépendamment de la nature de la délégation, ce n'est pas une délégation interdite.

De même, le par. 207(2) ne confère aucun droit ni n'impose aucune obligation à une législature provinciale, sauf la partie qui prévoit qu'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne peut être assortie des conditions pertinentes qu'une loi provinciale peut fixer.

Je n'interprète pas cette disposition comme une délégation d'un pouvoir législatif par le Parlement. À mon avis, on peut interpréter la disposition comme incorporant par renvoi une loi provinciale qui autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à délivrer des licences contenant des conditions pertinentes ou qui soustrait à l'interdiction faite par le droit criminel les loteries autorisées en vertu d'une loi provinciale pourvu que les licences les autorisant soient délivrées par le lieutenant-gouverneur en conseil ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne. Dreidger fait remarquer, dans l'article susmentionné, que l'exemption prévue par le *Code criminel* en ce qui concerne les loteries exploitées conformément à une loi provinciale ne constitue pas une délégation. Je suis du même avis.

Je constate que ces dispositions mêmes ont été considérées comme valides par le juge en chef Laskin dans l'opinion dissidente (les juges formant la majorité n'ayant pas abordé la question) qu'il a rédigée dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616. Le Juge en chef a mentionné, à la p. 627, le pouvoir du Parlement d'introduire, dans ses lois criminelles, des dispenses ou des immunités en déterminant ce qui est et ce qui n'est pas criminel.

The burden upon the appellants is to show that the impugned provisions constitute a delegation of legislative authority to a provincial legislature. That they have failed to do. Save for the last provision of s. 207(2) whatever authority is devolved was not devolved upon a provincial legislature. The last provision must be seen as either incorporating provincial legislation or limiting the reach of the criminal law when provincial legislation meets certain conditions. As Ontario has no legislative scheme, no question arises about whether that scheme meets the conditions prescribed.

I now turn to the first issue; whether there is an invalid discretionary regulatory regime.

The appellants question whether the criminal law power will sustain the establishment of a regulatory scheme in which an administrative agency or official exercises discretionary authority. In so doing they ask the question "referred to by Professor Hogg" in his *Constitutional Law of Canada, supra*, at p. 415. Hogg suggests that the question is really one of colourability. On this issue the appellants point to cases such as *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328, and *Re Board of Commerce Act*, [1922] 1 A.C. 191, in which Parliament attempted to use its criminal law power as a "colourable means of regulating matters within provincial jurisdiction". I find the appellants' argument completely inconsistent with their assertion that "the regulation of lotteries is a matter of federal responsibility". In my view the decriminalization of lotteries licensed under prescribed conditions is not colourable. It constitutes a definition of the crime, defining the reach of the offence, a constitutionally permissive exercise of the criminal law power, reducing the area subject to criminal law prohibition where certain conditions exist. I cannot characterize it as an

Il incombe aux appelants de démontrer que les dispositions contestées constituent une délégation de pouvoir législatif à une législature provinciale, ce qu'ils n'ont pas fait. Sauf en ce qui concerne la partie susmentionnée du par. 207(2), quel que soit le pouvoir transmis, il n'est pas transmis à une législature provinciale. Cette partie doit être considérée comme incorporant par renvoi une loi provinciale ou comme limitant la portée du droit criminel lorsque la loi provinciale satisfait à certaines conditions. Comme l'Ontario n'a pas de régime législatif à cet égard, la question ne se pose pas quant à savoir si le régime satisfait aux conditions fixées.

Je traiterai maintenant de la première question qui est de savoir s'il existe un régime discrétionnaire de réglementation non valide.

Les appelants mettent en doute que le pouvoir en matière de droit criminel puisse étayer l'instauration d'un régime de réglementation dans lequel un organisme ou un agent administratif exerce un pouvoir discrétionnaire. Ce faisant, ils posent la question [TRADUCTION] «mentionnée par le professeur Hogg» dans *Constitutional Law of Canada, op. cit.*, à la p. 415. Hogg dit qu'il s'agit vraiment d'une question de législation déguisée. À cet égard, les appelants attirent l'attention sur des arrêts comme *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328, et *Re Board of Commerce Act*, [1922] 1 A.C. 191, dans lesquels le Parlement a essayé de se servir de son pouvoir en matière de droit criminel comme [TRADUCTION] «moyen déguisé de régler des matières relevant de la compétence des provinces». Je trouve l'argument des appelants tout à fait incompatible avec leur affirmation que [TRADUCTION] «la réglementation des loteries est un domaine de responsabilité fédérale». À mon avis, la décriminalisation des loteries exploitées en vertu de licences assorties de certaines conditions précises n'est pas une tentative déguisée de légiférer. Elle constitue une définition de l'acte criminel, qui fixe la portée de l'infraction, un exercice constitutionnellement acceptable du pouvoir en matière de droit criminel, qui réduit le champ de l'interdiction du droit criminel lorsqu'il existe certaines conditions. Je ne puis qualifier cela d'empiétement sur les pouvoirs des pro-

invasion of provincial powers any more than the appellants were themselves able to do.

Much was made of the fact that the provinces and the federal government reached an agreement in 1985 under which the federal government agreed that it would not conduct lotteries, but rather leave the conduct of lotteries to the provinces. I am unable to discern any grounds upon which this agreement can be said to be unconstitutional let alone have any unconstitutional effects on the provisions of the *Code*. Parliament, in the exercise of the criminal law power, may define those agencies or instrumentalities exempt from the prohibition.

Finally, I turn to the last issue, non-publication. In my view s. 11(g) of the *Charter* is directed towards the need that impugned conduct be criminal at the time of its commission. That proposition is fundamental, but has nothing to do with the question of how the law is to be made known. Indeed, s. 11(g) embraces criminal law recognized by the community of nations, international law, which is not by its very nature subject to requirements of domestic publication.

The appellants made no reference in argument to s. 7. I do not propose discussing whether that section may have any impact on the question of publication.

The essence of their complaint is that the terms and conditions of lottery licences are not published or gazetted. Assuming that s. 11 embraces some concept of availability, I am of the view that the most that can be said is that the law be ascertainable by those affected by it. The terms and conditions are furnished to every licensee. I note, also, that as licences may vary, the suggestion that the law requires some additional publication of them offends common sense.

In argument reference was made to the provisions of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, which by ss. 2(1)(b) and 11(2) forbids conviction for contravention of a regulation or statutory instrument not gazetted. There is an order-in-council, not published as a statutory instrument, setting out

vinces, pas plus que les appelants n'ont eux-mêmes été en mesure de le faire.

On a attaché beaucoup d'importance au fait que les provinces et le gouvernement fédéral ont conclu en 1985 une entente en vertu de laquelle le gouvernement fédéral a convenu de ne pas exploiter de loteries, mais plutôt de laisser cela aux provinces. Je ne puis voir aucun motif qui permette de dire que cette entente est inconstitutionnelle, encore moins qu'elle a des effets inconstitutionnels sur les dispositions du *Code*. Le Parlement peut, dans l'exercice de son pouvoir en matière de droit criminel, définir les organismes qui sont exempts de l'interdiction.

J'aborde enfin la dernière question, celle de la non-publication. J'estime que l'al. 11g) de la *Charte* exige que la conduite reprochée soit de nature criminelle au moment où elle est adoptée. Cette proposition est fondamentale, mais elle n'a rien à voir avec la question de savoir comment la loi doit être publiée. En effet, l'al. 11g) englobe le droit criminel reconnu par l'ensemble des nations, le droit international qui n'est pas, de par sa nature même, soumis à des exigences de publication à l'intérieur d'un pays.

Dans leur plaidoirie, les appelants n'ont nullement mentionné l'art. 7. Je n'ai pas l'intention d'examiner si cet article peut avoir des répercussions sur la question de la publication.

Leur reproche porte essentiellement sur le fait que les conditions des licences de loterie ne sont pas publiées ou ne paraissent pas dans le journal officiel. En admettant que l'art. 11 comprend une certaine notion d'accessibilité, je suis d'avis que, tout au plus, la loi doit pouvoir être vérifiée par ceux qu'elle touche. Les conditions sont fournies à chaque titulaire d'une licence. Je remarque également que, comme les licences peuvent varier, l'affirmation que la loi exige une publication additionnelle est contraire au bon sens.

Au cours des plaidoiries, on a invoqué les dispositions de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, dont l'al. 2(1)(b) et le par. 11(2) interdisent de condamner une personne pour violation d'un règlement ou d'un autre texte réglementaire non publié officiellement. Il y a un décret, non publié en

some terms and conditions (including the one of which the appellants are said to have counselled a breach). However, the offence charged relates to the terms and conditions of specified licences which is an allegation that those terms and conditions are an express provision of the licences, a matter to be proven, rather than an allegation that the terms and conditions are imposed by law. The terms and conditions of individual licences are not within the definition of statutory instruments.

Disposition

I would dismiss the appeal.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do sections 207(1)(b), 207(2) and 207(3) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, create a discretionary administrative regulatory regime to govern lotteries, and if so, is it thereby *ultra vires* Parliament?

Answer: No.

2. Are sections 207(1)(b), 207(2) or 207(3) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, or any combination thereof, *ultra vires* Parliament as improper delegation to a provincial body of a matter within the exclusive competence of the Federal Government?

Answer: No.

3. Does the non-publication of the terms and conditions imposed under ss. 207(1)(b) and 207(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe or deny the rights guaranteed under ss. 7 or 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If so, is such non-publication a reasonable limit prescribed by law demonstrably justified in a free and democratic society and thereby saved by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: There is no violation of s. 11(g). Section 7 was not argued.

tant que texte réglementaire, qui énonce certaines conditions (y compris celle que les appelants auraient conseillé à d'autres personnes de ne pas respecter). Toutefois, l'infraction reprochée a trait aux conditions de licences spécifiées, ce qui est une allégation que ces conditions constituent une disposition expresse des licences, ce qui est matière de preuve, plutôt qu'une allégation que les conditions sont prescrites par la loi. Les conditions des licences particulières ne sont pas visées par la définition des textes réglementaires.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'alinéa 207(1)b) et les par. 207(2) et (3) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, créent-ils un régime d'administration et de réglementation discrétionnaire applicable aux loteries et, dans l'affirmative, excèdent-ils la compétence du Parlement?

Réponse: Non.

2. L'alinéa 207(1)b) ou les par. 207(2) ou (3) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou toute combinaison de ces dispositions, excèdent-ils la compétence du Parlement à titre de délégation irrégulière à un organisme provincial d'une matière relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral?

Réponse: Non.

3. La non-publication des modalités prescrites en vertu de l'al. 207(1)b) et du par. 207(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'art. 7 ou à l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans l'affirmative, pareille non-publication est-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 et qui est, de ce fait, sauvegardée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Il n'y a pas eu violation de l'al. 11g). L'article 7 n'a pas été invoqué.

Appeal dismissed.

Pourvoi rejeté.

Solicitors for the appellants Furtney, Roy and Diamond Bingo Inc.: Holden, Day, Wilson, Toronto.

Procureurs des appelants Furtney, Roy et Diamond Bingo Inc.: Holden, Day, Wilson, Toronto.

Solicitors for the appellant Chamney: Dunn, Gillis & O'Kane, Brampton.

Procureurs de l'appelant Chamney: Dunn, Gillis & O'Kane, Brampton.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Paul D. Dicks, St. John's.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Paul D. Dicks, St. John's.

Roger Jones and Howard
Pamajewon Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada,
the Attorney General of Quebec,
the Attorney General for Alberta,
the Attorney General for Saskatchewan and
the Attorney General of
Newfoundland Intervenors

INDEXED AS: R. v. JONES

File No.: 21879.

1991: June 20; 1991: September 26.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory,
McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Delegation — Criminal law — f
Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except
those conducted in accordance with terms and condi-
tions of licence issued by Lieutenant Governor in Coun-
cil of province — Whether lottery provisions in Code
improperly delegating criminal law power — Criminal g
Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

Constitutional law — Colourability — Criminal law —
Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except h
those conducted in accordance with terms and condi-
tions of licence issued by Lieutenant Governor in Coun-
cil of province — Whether lottery provisions in Code
create invalid discretionary regulatory regime — Crimi-
nal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right not
to be found guilty unless act or omission constituted
offence in law — Criminal Code prohibiting lotteries j
except those conducted in accordance with terms and
conditions of licence issued by Lieutenant Governor in
Council of province — Terms and conditions of licence

Roger Jones et Howard
Pamajewon Appellants

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Le procureur général du Canada,
le procureur général du Québec,
le procureur général de l'Alberta,
le procureur général de la Saskatchewan et
le procureur général de Terre-
Neuve Intervenants

RÉPERTORIÉ: R. c. JONES

N° du greffe: 21879.

1991: 20 juin; 1991: 26 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Délégation — Droit criminel
— Loteries — Loteries interdites par le Code criminel
sauf celles tenues conformément aux modalités d'une
licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil
d'une province — Les dispositions du Code relatives
aux loteries constituent-elles une délégation irrégulière
d'un pouvoir en matière de droit criminel? — Code cri-
minel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).

Droit constitutionnel — Législation déguisée — Droit
criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code
criminel sauf celles tenues conformément aux modalités h
d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en
conseil d'une province — Les dispositions du Code rela-
tives aux loteries créent-elles un régime de réglemen-
tation discrétionnaire invalide? — Code criminel, L.R.C.
(1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de
ne pas être reconnu coupable si un acte ou une omission
ne constitue pas une infraction en droit — Loteries i
interdites par le Code criminel sauf celles tenues confor-
mément aux modalités d'une licence délivrée par le lieu-
tenant-gouverneur en conseil d'une province — Moda-

not published in official gazette — Accused convicted of unlawfully conducting a bingo — Whether non-publication of terms and conditions infringes s. 11(g) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207.

Criminal law — Defences — Colour of right — Accused convicted of unlawfully conducting a bingo — Accused mistakenly believing that lottery provisions in Criminal Code inapplicable to lotteries conducted on Indian reserve — Whether defence of colour of right available — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 206(1)(d).

The appellants were charged with unlawfully conducting a bingo contrary to s. 206(1)(d) of the *Criminal Code*. The charges arose out of gaming operations at the Shawanaga Reserve, which were initiated under three Band Council resolutions signed by the appellants as Chief and Councillor of the Shawanaga First Nation. Before conducting the lotteries, the appellants had been advised by representatives of the province, including the Ontario Provincial Police, that the *Criminal Code* prohibits lottery schemes, other than those conducted under the auspices of a provincial licence. The appellants were convicted at trial and their convictions affirmed by the Court of Appeal. In addition to the constitutional questions dealt with in *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, this appeal also raises the issue of whether the appellants were entitled to be acquitted by reason of a defence of colour of right. That right was the belief that s. 206 did not apply to their activities since they were carried out on a reserve which they thought was not subject to the laws of Canada relating to gaming.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons given in *Furtney*, the challenged provisions of s. 207 of the *Criminal Code* are not *ultra vires*, nor do they offend s. 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The defence of colour of right does not apply to a charge under s. 206(1)(d) of the *Code*. First, no authority was cited for the proposition that colour of right is relevant to any crime which does not embrace the concept within its definition. Second, appellants' mistake was one of law, rather than of fact. They mistakenly believed that the law did not apply because it was inop-

lité de la licence non publiées dans la gazette officielle — Accusés reconnus coupables d'avoir tenu illégalement un bingo — La non-publication des modalités contrevient-elle à l'art. 11g) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207.

Droit criminel — Moyens de défense — Apparence de droit — Accusés reconnus coupables d'avoir tenu illégalement un bingo — Croyance erronée des accusés que les dispositions du Code criminel relatives aux loteries ne s'appliquaient pas aux loteries tenues dans une réserve indienne — La défense d'apparence de droit peut-elle être invoquée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 206(1)d).

Les appelants ont été accusés d'avoir tenu illégalement un bingo, contrairement à l'al. 206(1)d) du *Code criminel*. Les accusations ont été portées à la suite d'activités de jeu tenues dans la réserve de Shawanaga et autorisées en vertu de trois résolutions du conseil de bande signées par les appelants à titre de chef et de conseiller de la Première nation Shawanaga. Avant la tenue des loteries, des représentants de la province, dont la Police provinciale de l'Ontario, avaient informé les appelants que le *Code criminel* interdit les loteries sauf celles tenues en vertu d'une licence provinciale. Les appelants ont été reconnus coupables au procès et la Cour d'appel a confirmé leur déclaration de culpabilité. En plus des questions constitutionnelles examinées dans l'arrêt *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, le présent pourvoi soulève aussi la question de savoir si les appelants avaient droit à un acquittement grâce à une défense d'apparence de droit. Ce droit découlait de la croyance que l'art. 206 ne s'appliquait pas aux activités tenues dans une réserve qu'ils croyaient non sujette aux lois du Canada relatives aux jeux.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *Furtney*, les dispositions contestées de l'art. 207 du *Code criminel* ne sont pas inconstitutionnelles et ne contreviennent pas à l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La défense d'apparence de droit ne s'applique pas à une accusation fondée sur l'al. 206(1)d) du *Code*. Premièrement, aucun précédent n'a été cité à l'appui de la prétention que l'apparence de droit s'applique à toute infraction dont la définition n'englobe pas ce concept. Deuxièmement, l'erreur des appelants en est une de droit et non de fait. Ils ont cru à tort que la loi ne s'appliquait pas pour le motif qu'elle était inopérante à l'intérieur des réserves indiennes. L'erreur concernant la loi

erative on Indian reserves. A mistake about the law is no defence to a charge of breaching it.

Cases Cited

Followed: *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, aff'g (1989), 52 C.C.C. (3d) 467 (Ont. C.A.), aff'g (1988), 44 C.C.C. (3d) 261 (Ont. H.C.); **referred to:** *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Howson*, [1966] 3 C.C.C. 348; *R. v. Johnson* (1904), 7 O.L.R. 525.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 206(1), 207 [am. c. 27 (1st. Supp.), s. 31; rep. & sub. c. 52 (1st Supp.), s. 3].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, dismissing the appellants' appeal from their convictions on charges of unlawfully conducting a bingo contrary to s. 206(1)(d) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

David C. Nahwegahbow and David M. Bolger, for the appellants.

Scott C. Hutchison, for the respondent.

I. G. Whitehall, Q.C., and *Kimberly Prost*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Gilles Laporte and Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Peter V. Teasdale, for the intervener the Attorney General for Alberta.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

B. Gale Welsh, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of the Court was delivered by

STEVENSON J.—The appellants appeal, by leave of this Court, a judgment of the Ontario Court of Appeal affirming their conviction for unlawfully conducting

ne constitue pas une défense à une accusation de l'avoir enfreinte.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, conf. (1989), 52 C.C.C. (3d) 467 (C.A. Ont.), conf. (1988), 44 C.C.C. (3d) 261 (H.C. Ont.); **arrêts mentionnés:** *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Howson*, [1966] 3 C.C.C. 348; *R. v. Johnson* (1904), 7 O.L.R. 525.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 206(1), 207 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 31; abr. & rempl. ch. 52 (1^{er} suppl.), art. 3].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel interjeté par les appellants contre leur déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'avoir tenu illégalement un bingo, contrairement à l'al. 206(1)d) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

David C. Nahwegahbow et David M. Bolger, pour les appelants.

Scott C. Hutchison, pour l'intimée.

I. G. Whitehall, c.r., et *Kimberly Prost*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gilles Laporte et Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Peter V. Teasdale, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

B. Gale Welsh, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE STEVENSON—Les appelants se pourvoient, avec l'autorisation de notre Cour, contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé leur

a bingo, contrary to s. 206(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'avoir tenu illégalement un bingo, contrairement à l'al. 206(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

a

They attack the constitutionality of s. 207 of the *Criminal Code* and also argue that they were entitled to be acquitted by reason of a defence of colour of right. That right was the belief that s. 206 did not apply to their activities which were carried out on a reserve which they thought was not subject to the laws of Canada relating to gaming.

Ils contestent la constitutionnalité de l'art. 207 du *Code criminel* et soutiennent qu'ils avaient droit à un acquittement grâce à une défense d'apparence de droit. Ce droit découlait de la croyance que l'art. 206 ne s'appliquait pas aux activités tenues dans une réserve qu'ils croyaient non sujette aux lois du Canada relatives aux jeux.

b

The Facts

Les faits

The charges arose out of gaming operations at the Shawanaga Reserve, which operation was initiated under three Band Council resolutions. The first resolution, dated May 12, 1987, formally purported to renounce the jurisdiction of federal and provincial governments in relation to gaming on reserves. The second resolution, passed on August 31, 1987, purportedly enacted the Shawanaga First Nation Lottery Law. A further resolution, passed on the same date, purportedly appointed a five-member Lottery Authority. Each resolution was signed by the appellant, Jones, as Chief and the appellant, Pamajewon, as Councillor.

Les accusations ont été portées à la suite d'activités de jeu tenues dans la réserve de Shawanaga et autorisées en vertu de trois résolutions du conseil de bande. La première résolution, en date du 12 mai 1987, visait officiellement à répudier la compétence des gouvernements fédéral et provincial en matière de jeux dans les réserves. La deuxième, adoptée le 31 août 1987, visait l'adoption de la Shawanaga First Nation Lottery Law. Une troisième résolution, adoptée le même jour, visait à constituer une régie des loteries, composée de cinq membres. Chaque résolution a été signée par l'appelant Jones, à titre de chef, et par l'appelant Pamajewon, à titre de conseiller.

c

d

e

f

On September 11, 1987, a meeting took place between the appellants and representatives of the province, including the Ontario Provincial Police, during the course of which meeting the appellants were advised that the *Criminal Code* prohibits lottery schemes, other than those conducted under the auspices of a provincial licence. On the following two days, police attended at the reserve and observed three large circus tents and four cash stations. Admission to the bingo games was \$100 on the first day and \$50 on the second and, in addition, Nevada break-open and California Gold Rush tickets were being sold. On both days, the bingo was being called by the appellants. The lotteries purported to be conducted under the authority of permits issued pursuant to the Shawanaga First Nation Lottery Law.

Le 11 septembre 1987, une rencontre a eu lieu entre les appelants et des représentants de la province, dont la Police provinciale de l'Ontario, au cours de laquelle les appelants ont été informés que le *Code criminel* interdisait les loteries sauf celles tenues en vertu d'une licence provinciale. Les deux jours suivants, la police est demeurée dans la réserve et a remarqué la présence de trois grandes tentes de cirque et de quatre guichets de caisse. Le prix d'entrée au bingo était de 100 \$ la première journée, et de 50 \$ la deuxième; en outre, on vendait des billets de type Nevada en pochette et California Gold Rush. Les appelants ont dirigé le bingo pendant les deux journées. Les loteries étaient prétendument exploitées en vertu de permis délivrés conformément à la Shawanaga First Nation Lottery Law.

g

h

i

j

Relevant Statutory Provisions

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

19. Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

206. (1) Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years who

(a) makes, prints, advertises or publishes, or causes or procures to be made, printed, advertised or published, any proposal, scheme or plan for advancing, lending, giving, selling or in any way disposing of any property by lots, cards, tickets or any mode of chance whatever;

(b) sells, barter, exchanges or otherwise disposes of, or causes or procures, or aids or assists in, the sale, barter, exchange or other disposal of, or offers for sale, barter or exchange, any lot, card, ticket or other means or device for advancing, lending, giving, selling or otherwise disposing of any property by lots, tickets or any mode of chance whatever;

(c) knowingly sends, transmits, mails, ships, delivers or allows to be sent, transmitted, mailed, shipped or delivered, or knowingly accepts for carriage or transport or conveys any article that is used or intended for use in carrying out any device, proposal, scheme or plan for advancing, lending, giving, selling or otherwise disposing of any property by any mode of chance whatever;

(d) conducts or manages any scheme, contrivance or operation of any kind for the purpose of determining who, or the holders of what lots, tickets, numbers or chances, are the winners of any property so proposed to be advanced, lent, given, sold or disposed of;

207. (1) Notwithstanding any of the provisions of this Part relating to gaming and betting, it is lawful

(b) for a charitable or religious organization, pursuant to a licence issued by the Lieutenant Governor in Council of a province or by such other person or authority in the province as may be specified by the Lieutenant Governor in Council thereof, to conduct

Les dispositions législatives pertinentes

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

19. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.

206. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, selon le cas:

a) fait, imprime, annonce ou publie, ou fait faire, imprimer, annoncer ou publier, ou amène à faire, imprimer, annoncer ou publier quelque proposition, projet ou plan pour céder par avance, prêter, donner, vendre ou de quelque façon aliéner un bien au moyen de lots, cartes ou billets ou par tout mode de tirage;

b) vend, troque, échange ou autrement aliène, ou fait vendre, troquer, échanger ou autrement aliéner, ou amène à vendre, troquer, échanger ou autrement aliéner, ou y aide ou y contribue, ou offre de vendre, de troquer ou d'échanger un lot, une carte, un billet ou autre moyen ou système pour céder par avance, prêter, donner, vendre ou autrement aliéner quelque bien par lots ou billets ou par tout mode de tirage;

c) sciemment envoie, transmet, dépose à la poste, expédie, livre ou permet que soit envoyé, transmis, déposé à la poste, expédié ou livré, ou sciemment accepte de porter ou transporter, ou transporte tout article qui est employé ou destiné à être employé dans l'exploitation d'un moyen, projet, système ou plan pour céder par avance, prêter, donner, vendre ou autrement aliéner quelque bien par tout mode de tirage;

d) conduit ou administre un plan, un arrangement ou une opération de quelque genre que ce soit pour déterminer quels individus ou les porteurs de quels lots, billets, numéros ou chances sont les gagnants d'un bien qu'il est ainsi proposé de céder par avance, prêter, donner, vendre ou aliéner;

207. (1) Par dérogation aux autres dispositions de la présente partie en matière de jeux et de paris, les règles qui suivent s'appliquent aux personnes et organismes mentionnés ci-après:

b) un organisme de charité ou un organisme religieux peut, en vertu d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne, mettre sur pied et exploiter une loterie dans la province si le produit de

and manage a lottery scheme in that province if the proceeds from the lottery scheme are used for a charitable or religious object or purpose;

la loterie est utilisé à des fins charitables ou religieuses;

(2) Subject to this Act, a licence issued by or under the authority of the Lieutenant Governor in Council of a province as described in paragraph (1)(b), (c), (d) or (f) may contain such terms and conditions relating to the conduct, management and operation of or participation in the lottery scheme to which the licence relates as the Lieutenant Governor in Council of that province, the person or authority in the province designated by the Lieutenant Governor in Council thereof or any law enacted by the legislature of that province may prescribe.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, une licence délivrée en vertu de l'un des alinéas (1)b), c), d) ou f) par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province ou par la personne ou l'autorité qu'il désigne peut être assortie des conditions que celui-ci, la personne ou l'autorité en question ou une loi provinciale peut fixer à l'égard de la mise sur pied, de l'exploitation ou de la gestion de la loterie autorisée par la licence ou à l'égard de la participation à celle-ci.

Judgments

The trial judge considered first the submission that the delegation by Parliament to the province of Ontario of the regulatory power in relation to the operation of bingo games constitutes an invalid delegation of such power. Matte Prov. Ct. J. noted, in this respect, that he was bound by the decision of the Ontario High Court of Justice in *R. v. Furtney* (1988), 44 C.C.C. (3d) 261, a case also under appeal to this Court in which we are concurrently giving judgment.

Dealing with the defence of mistake of fact, the trial judge observed that the appellants had been made aware of the legal requirements before the bingo games were staged. Furthermore, the evidence before him did not establish that they were of the mistaken belief that the resolutions passed by the Band Council were legally valid. Matte Prov. Ct. J. added that, even if the facts did so disclose, the mistake was one of law, rather than of fact, and therefore would not afford a defence.

Court of Appeal (Brooke J.A. for the Court)

The Court of Appeal found that the trial judge was right in characterizing the appellants' defence as a mistake of law. Accordingly, he was correct in holding that the defence failed. The court was of the view that this was not a case in which the defence of colour of right could be made out.

Les jugements

Le juge du procès a d'abord étudié l'argument selon lequel la délégation par le Parlement à la province d'Ontario du pouvoir réglementaire concernant l'exploitation de jeux de bingo n'est pas valide. Le juge Matte de la Cour provinciale a remarqué, à cet égard, qu'il était lié par le jugement de la Haute Cour de justice de l'Ontario *R. v. Furtney* (1988), 44 C.C.C. (3d) 261, une affaire qui fait également l'objet d'un pourvoi devant notre Cour, dans lequel nous rendons jugement concurremment.

Dans son étude de la défense d'erreur de fait, le juge du procès a souligné que les appelants avaient été avisés des exigences légales avant l'organisation des jeux de bingo. De plus, la preuve dont il était saisi ne démontrait pas qu'ils croyaient à tort que les résolutions adoptées par le conseil de bande étaient légalement valides. Le juge Matte a ajouté que, même si les faits avaient révélé cette croyance, il s'agirait d'une erreur de droit et non de fait qui, par conséquent, ne pourrait constituer un moyen de défense.

La Cour d'appel (le juge Brooke au nom de la cour)

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait eu raison de qualifier la défense des appelants d'erreur de droit. Par conséquent, il avait eu raison de conclure que la défense échouait. De l'avis de la cour, il ne s'agissait pas d'une affaire où la défense d'apparence de droit pouvait être opposée.

The court stated, as well, that the *Furtney* judgment (1989), 52 C.C.C. (3d) 467 (Ont. C.A.) was dispositive of the issue of delegation of licensing authority by s. 207 of the *Criminal Code*.

Issues

The following constitutional questions were stated by Lamer C.J. on September 17, 1990 for the *Furtney* case and restated word for word on January 10, 1991 for this case:

1. Do sections 207(1)(b), 207(2) and 207(3) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, create a discretionary administrative regulatory regime to govern lotteries, and if so, is it thereby *ultra vires* Parliament?
2. Are sections 207(1)(b), 207(2) or 207(3) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, or any combination thereof, *ultra vires* Parliament as improper delegation to a provincial body of a matter within the exclusive competence of the Federal Government?
3. Does the non-publication of the terms and conditions imposed under ss. 207(1)(b) and 207(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe or deny the rights guaranteed under ss. 7 or 11(g) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If so, is such non-publication a reasonable limit prescribed by law demonstrably justified in a free and democratic society and thereby saved by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In addition, the appellants raised the following point:

4. Did the learned trial judge err in convicting the Appellants by finding that they did not have a valid defence based on colour of right?

Disposition

The constitutional questions are answered in the companion judgment in *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89. The appellants fail on these issues. I note that we did not need to address the question of

La cour a également dit que l'arrêt *Furtney* (1989), 52 C.C.C. (3d) 467 (C.A. Ont.) réglait la question de la délégation du pouvoir de délivrer une licence prévue à l'art. 207 du *Code criminel*.

Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le juge en chef Lamer, le 17 septembre 1990, à l'égard du pourvoi *Furtney*, puis reprises mot pour mot, le 10 janvier 1991, relativement au présent pourvoi:

1. L'alinéa 207(1)b) et les par. 207(2) et (3) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, créent-ils un régime d'administration et de réglementation discrétionnaire applicable aux loteries et, dans l'affirmative, excèdent-ils la compétence du Parlement?
2. L'alinéa 207(1)b) ou les par. 207(2) et (3) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou toute combinaison de ces dispositions, excèdent-ils la compétence du Parlement à titre de délégation irrégulière à un organisme provincial d'une matière relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral?
3. La non-publication des modalités prescrites en vertu de l'al. 207(1)b) et du par. 207(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-elle atteinte aux droits garantis à l'art. 7 ou à l'al. 11g) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans l'affirmative, pareille non-publication est-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 et qui est, de ce fait, sauvegardée par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

En outre, les appelants ont soulevé la question suivante:

[TRADUCTION]

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en déclarant les appelants coupables pour le motif que leur défense fondée sur l'apparence de droit n'était pas valable?

Dispositif

L'arrêt *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, rendu en même temps que le présent jugement, répond aux questions constitutionnelles; les appelants échouent sur ces questions. Je souligne que nous n'avons pas

whether the invalidity of s. 207 could have any impact on the charges against these appellants, which were based on s. 206. Indeed, the validity of s. 206 was not put in issue under the constitutional questions so the obvious question of severability was not addressed by the appellants and is not addressed here.

Accordingly, I address only the question of colour of right.

The appellants must be taken, for the purpose of this appeal, to acknowledge that they were mistaken in their belief that the *Criminal Code* did not apply to their activities on the reserve. They have not taken any proceedings to challenge the authority of Canada to enact laws applicable to those activities and have not made any such challenge here. In their factum, the appellants not only disclaim asking for such a determination, they ask the Court not to make statements that may adversely affect legal issues concerning Indian self-government. That request will be respected.

There are, in my view, two clear barriers to this alleged defence. Firstly, it is not a defence to this crime, secondly, any mistake is a mistake of law.

The appellants cited no authority for the proposition that colour of right is relevant to any crime which does not embrace the concept within its definition. They cited *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.); *R. v. Howson*, [1966] 3 C.C.C. 348 (Ont. C.A.), and *R. v. Johnson* (1904), 7 O.L.R. 525 (Ont. Div. Ct.). *Bulmer* is a case of mistake of fact as an issue in sexual assault. In the other cases the offences, such as theft, required the absence of a colour of right.

They argued that mistake of fact is a constitutionally mandated defence to criminal charges. Even assuming that proposition is correct, it can only apply to the facts which constitute the offence. There is no suggestion of any mistake relating to those facts here,

eu à aborder la question de savoir si l'invalidité de l'art. 207 pourrait avoir une incidence sur les accusations portées, en vertu de l'art. 206, contre ces appelants. En fait, la validité de l'art. 206 n'est pas mise en cause dans les questions constitutionnelles, de sorte que la question manifeste de la possibilité de séparer les deux dispositions n'a pas été abordée par les appelants et ne l'est pas non plus en l'espèce.

En conséquence, je n'examine que la question de l'apparence de droit.

Nous devons tenir pour acquis, aux fins du présent pourvoi, que les appelants reconnaissent qu'ils croyaient à tort que le *Code criminel* ne s'appliquait pas aux activités à l'intérieur de la réserve. Ils n'ont entamé aucune poursuite visant à contester le pouvoir du Canada d'adopter des lois applicables à ces activités et n'ont pas contesté ce pouvoir en l'espèce. Dans leur mémoire, les appelants renoncent non seulement à solliciter une telle décision, mais ils demandent à la Cour de n'émettre aucune opinion susceptible d'influer défavorablement sur les questions légales relatives à l'autonomie des autochtones. Cette demande sera respectée.

À mon avis, il existe deux obstacles évidents à cette prétendue défense. En premier lieu, il ne s'agit pas d'une défense opposable à la présente infraction; en second lieu, toute erreur qui peut avoir été commise est une erreur de droit.

Les appelants n'ont cité aucun précédent à l'appui de leur prétention que l'apparence de droit s'applique à toute infraction dont la définition n'englobe pas ce concept. Ils ont cité les arrêts *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), *R. v. Howson*, [1966] 3 C.C.C. 348 (C.A. Ont.), et *R. v. Johnson* (1904), 7 O.L.R. 525 (C. div. Ont.). L'arrêt *Bulmer* est une affaire d'erreur de fait relativement à une agression sexuelle. Dans les autres affaires, les infractions, tel le vol, exigeaient l'absence d'apparence de droit.

Ils ont soutenu que l'erreur de fait est un moyen de défense que la Constitution prescrit à l'encontre d'accusations criminelles. Même à supposer que cela soit juste, ce moyen de défense ne peut s'appliquer qu'aux faits qui constituent l'infraction. En l'espèce,

the mistake is in believing that the law does not apply because it is inoperative on reserves.

Section 19 of the *Code* expresses the long recognized principle that a mistake about the law is no defence to a charge of breaching it. No attack was made on the validity of that section. The argument here is that this legal mistake should be characterized as a mistake of fact and I find it impossible to characterize the mistaken belief put forward here as embracing any mistake of fact.

Conclusion

The constitutional questions are answered as they are in *Furtney*, the sections are neither *ultra vires*, nor do they offend the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants' mistaken belief that the *Code* does not apply to them is no answer to the charges. I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Nahwegahbow, Jones, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Paul D. Dicks, St. John's.

rien ne montre qu'il y a eu erreur sur ces faits, l'erreur étant de croire que la loi ne s'applique pas pour le motif qu'elle est inopérante à l'intérieur des réserves.

L'article 19 du *Code* énonce le principe depuis longtemps reconnu selon lequel l'erreur concernant la loi ne constitue pas une défense à une accusation de l'avoir enfreinte. On n'a pas contesté la validité de cet article. En l'espèce, on prétend que cette erreur concernant la loi devrait être qualifiée d'erreur de fait, mais j'estime qu'il est impossible de dire que la croyance erronée alléguée ici comporte une erreur de fait.

Conclusion

Les questions constitutionnelles reçoivent la même réponse que dans l'arrêt *Furtney*, les articles ne sont pas inconstitutionnels et ne vont pas à l'encontre de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La croyance erronée des appelants qu'ils ne sont pas assujettis au *Code* n'est pas une réponse aux accusations. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Nahwegahbow, Jones, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Paul D. Dicks, St. John's.

MAIL  POSTE

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

K1A 0S9
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1991 Vol. 3

2^e cahier, 1991 Vol. 3

Cited as [1991] 3 S.C.R. 119-261

Renvoi [1991] 3 R.C.S. 119-261

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

Altobelli v. Pilot Insurance Co. 132

Judgments and orders — Issue estoppel — Abuse of process — Plaintiff's award of damages for lost income following motor vehicle accident reduced for failure to mitigate — Plaintiff later claiming disability benefits under insurance contract — Same issue not decided in prior proceedings.

Avrith v. Laval (City) 137

Expropriation — Time limit for contesting right of expropriation — Failure to contest expropriation within 30 days of notice of expropriation — Expropriated parties misled through fault of expropriating party as to existence and nature of their rights — Impossibility of acting — Start of time limit for contesting suspended.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

SOMMAIRE

Altobelli c. Pilot Insurance Co. 132

Jugements et ordonnances — Chose jugée comme fin de non-recevoir — Abus de procédure — Diminution pour défaut de réduire la perte des dommages-intérêts accordés au demandeur pour perte de revenus par suite d'un accident de voiture — Demandeur réclamant plus tard des prestations d'invalidité en vertu d'un contrat d'assurance — Même question non tranchée dans les procédures antérieures.

Avrith c. Laval (Ville)..... 137

Expropriation — Délai pour contester le droit à l'expropriation — Défaut de contester l'expropriation dans les 30 jours de l'avis d'expropriation — Expropriés induits en erreur par la faute de l'expropriante quant à l'existence et la nature de leurs droits — Impossibilité en fait d'agir — Point de départ du délai de contestation suspendu.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Ontario (Human Rights Commission) v. National Dental Examining Board of Canada 121

Constitutional law — Division of powers — Jurisdiction — Federally incorporated board — Board not operating under Peace, Order and Good Government clause or federal Trade and Commerce power — Board subject to provincial human rights legislation — Ontario Human Rights Commission jurisdiction over complaints.

Courts — Res judicata — Cause of action before Federal Court and various boards not same cause of action as complaint of discrimination under the Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53.

R. v. Grant..... 139

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused refusing to submit to A.L.E.R.T. test — Whether s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(2), (5).

Criminal law — Demand for breath sample — Accused refusing to submit to A.L.E.R.T. test — Criminal Code provision authorizing demand that a breath sample be provided "forthwith" — Whether demand made fell within ambit of provision — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(2), (5).

Criminal law — Issue estoppel — Crown's appeal challenging only first of two acquittals — Second acquittal constituting finding of fact that accused not driving motor vehicle when spotted by police — Crown estopped from challenging first acquittal.

R. v. Sharma 119

Courts — Jurisdiction — Unreasonable delay — Proceedings stayed — Appeal court without jurisdiction to entertain Crown appeal.

R. v. Sit..... 124

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Party to offence — Whether ss. 213(c) and/or 21(2) of the Criminal Code violate ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 213(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Criminal law — Constructive murder — Party to offence — Whether ss. 213(c) and/or 21(2) of the Criminal Code violate ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. v. Wholesale Travel Group Inc. 154

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Regulatory provisions — Strict liability — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Ontario (Commission des droits de la personne) c. Bureau national d'examen dentaire du Canada 121

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Compétence — Organisme à charte fédérale — Organisme ne relevant pas de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement ni de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce — Organisme assujéti à la législation provinciale sur les droits de la personne — Compétence de la Commission ontarienne des droits de la personne en ce qui concerne les plaintes.

Tribunaux — Chose jugée — Cause de l'action soumise à la Cour fédérale et aux divers organismes différente de la plainte de discrimination déposée en vertu du Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53.

R. c. Grant..... 139

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Refus de l'accusé de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. — Y a-t-il eu violation de l'art. 10(b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2), (5).

Droit criminel — Demande d'échantillon d'haleine — Refus de l'accusé de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. — Disposition du Code criminel autorisant de donner l'ordre de fournir "immédiatement" un échantillon d'haleine — L'ordre donné s'inscrit-il dans le contexte de cette disposition? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2), (5).

Droit criminel — La chose jugée comme fin de non-recevoir — Le pourvoi du ministère public ne porte que sur le premier des deux acquittements — Le second acquittement équivaut à une conclusion de fait que l'accusé ne conduisait pas le véhicule automobile au moment où il a été remarqué par la police — Le ministère public ne peut contester le premier acquittement.

R. c. Sharma 119

Tribunaux — Compétence — Délai déraisonnable — Arrêt des procédures — Cour d'appel non compétente pour entendre l'appel interjeté par le ministère public.

R. c. Sit..... 124

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Partie à l'infraction — Les articles 213c) ou 21(2) du Code criminel violent-ils les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 213c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Droit criminel — Meurtre par imputation — Partie à l'infraction — Les articles 213c) ou 21(2) du Code criminel violent-ils les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Conviction possible without fault on part of regulated party — Imprisonment possible penalty on breach of provisions — Whether ss. 36(1)(a) and 37.3(2) of Competition Act infringe s. 7 of Charter — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provisions — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Statutory defences comprising defence of due diligence coupled with timely retraction — Statutory defences to be established by accused on balance of probabilities — Whether reverse onus infringes s. 11(d) of Charter — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Corporations — Standing — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Whether corporation has standing to challenge validly of federal legislation under ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether a corporation entitled to benefit from a finding that federal legislation unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

Sinclair v. Quebec (Attorney General) 134

Constitutional law — Municipal law — Provincial legislation amalgamating two cities — Arguments based on Canadian and Quebec Charters challenging constitutionality of legislation found to be without merit — An Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48.

SOMMAIRE (Fin)

violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. c. Wholesale Travel Group Inc. 154

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Dispositions de nature réglementaire — Responsabilité stricte — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — Déclaration de culpabilité possible en l'absence de faute de la partie assujettie à la réglementation — L'inobservation des dispositions peut entraîner une peine d'emprisonnement — Les articles 36(1)a) et 37.3(2) de la Loi sur la concurrence violent-ils l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Dispositions portant inversion de la charge de la preuve — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — Moyens de défense prévus par la loi comprenant la défense de diligence raisonnable assortie d'une rétractation obligatoire — Moyens de défense prévus par la loi devant être établis par l'accusé selon la prépondérance des probabilités — L'inversion de la charge de la preuve viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Personnes morales — Qualité pour agir — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — La personne morale a-t-elle qualité pour contester la validité de la loi fédérale en vertu des art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, la personne morale peut-elle bénéficier de la conclusion selon laquelle la loi fédérale est inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).

Sinclair c. Québec (Procureur général) 134

Droit constitutionnel — Droit municipal — Loi provinciale fusionnant deux villes — Arguments invoqués en vertu des chartes canadienne et québécoise contestant la constitutionnalité de la loi jugés sans fondement — Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, L.Q. 1985, ch. 48.

Sneb Lata Sharma *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SHARMA

File No.: 21993.

1991: October 1.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Courts — Jurisdiction — Unreasonable delay — Proceedings stayed — Appeal court without jurisdiction to entertain Crown appeal.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal allowing an appeal from and setting aside the order staying proceedings by White Prov. Ct. J.

Irwin Koziobrocki and David E. Buckman, for the appellant.*Murray D. Segal and Kenneth L. Campbell*, for the respondent.*S. R. Fainstein, Q.C.*, and *R. J. Frater*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—In the appeal *R. v. Sharma*, on consent of both parties, and given the fact that the Ontario Court of Appeal was without jurisdiction to entertain the Crown appeal to that court, we allow the**Sneb Lata Sharma** *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. SHARMA

^c N° du greffe: 21993.

1991: 1 octobre.

^d Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

^e *Tribunaux — Compétence — Délai déraisonnable — Arrêt des procédures — Cour d'appel non compétente pour entendre l'appel interjeté par le ministère public.*^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli un appel contre une ordonnance rendue par le juge White de la Cour provinciale et annulé l'ordonnance.^g *Irwin Koziobrocki et David E. Buckman*, pour l'appellant.*Murray D. Segal et Kenneth L. Campbell*, pour l'intimée.^h *S. R. Fainstein, c.r.*, et *R. J. Frater*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

ⁱ LE JUGE EN CHEF LAMER—Dans le présent pourvoi, *R. c. Sharma*, avec le consentement des parties et compte tenu du fait que la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas compétence pour entendre l'appel interjeté par le ministère public devant cette cour, nous accueillons le pourvoi, annulons l'ordonnance de la

appeal, quash the order of the Court of Appeal, and restore the stay entered by the trial judge.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Irwin Koziembrocki, Toronto.

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

Solicitor for the intervener: John C. Tait, Ottawa.

Cour d'appel et rétablissons l'arrêt des procédures inscrit par le juge de première instance.

Jugement en conséquence.

^a *Procureur de l'appellant: Irwin Koziembrocki, Toronto.*

^b *Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.

**The National Dental Examining Board of
Canada** *Appellant*

v.

**The Ontario Human Rights Commission,
Dr. Jennifer Footman and Dr. Nellie
Mendelsohn** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec and the
Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v.
NATIONAL DENTAL EXAMINING BOARD OF CANADA

File No.: 21185.

1991: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Division of powers — Jurisdiction — Federally incorporated board — Board not operating under Peace, Order and Good Government clause or federal Trade and Commerce power — Board subject to provincial human rights legislation — Ontario Human Rights Commission jurisdiction over complaints.

Courts — Res judicata — Cause of action before Federal Court and various boards not same cause of action as complaint of discrimination under the Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 91.
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of the Supreme Court of Ontario (Divisional Court) dis-

**Le Bureau national d'examen dentaire du
Canada** *Appelant*

c.

**La Commission ontarienne des droits de la
personne, D^r Jennifer Footman et D^r Nellie
Mendelsohn** *Intimées*

b

et

**Le procureur général du Québec et le
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA
PERSONNE) c. BUREAU NATIONAL D'EXAMEN DENTAIRE
DU CANADA

d N^o du greffe: 21185.

1991: 2 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Compétence — Organisme à charte fédérale — Organisme ne relevant pas de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement ni de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce — Organisme assujéti à la législation provinciale sur les droits de la personne — Compétence de la Commission ontarienne des droits de la personne en ce qui concerne les plaintes.

Tribunaux — Chose jugée — Cause de l'action soumise à la Cour fédérale et aux divers organismes différentes de la plainte de discrimination déposée en vertu du Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53.

i Lois et règlements cités

Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté un appel contre un jugement de la Cour suprême de l'Ontario (Cour divisionnaire)

missing an application for judicial review. Appeal dismissed.

E. R. Murray and Nora A. Gillespie, for the appellant. ^a

Janet E. Minor and John A. Terry, for the respondents.

Françoise St-Martin, for the intervener the Attorney General of Quebec. ^b

Robert C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta. ^c

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear you Ms. Minor. The Court is ready to give judgment. The constitutional question reads: ^d

Under the *Constitution Act, 1867*, is the Ontario *Human Rights Code* applicable to the National Dental Examining Board of Canada with respect to the investigations which are the subject of this appeal? ^e

The Board is not operating under the Peace, Order and Good Government clause or the Trade and Commerce power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, but is simply a federally incorporated board subject to provincial human rights legislation. Therefore, the Ontario Human Rights Commission has jurisdiction over complaints that are the subject of this appeal. ^f

The appellant also argued that the doctrine of *res judicata* should apply to deprive the respondent Commission of jurisdiction to entertain the complaints. We do not agree. So far as Dr. Footman is concerned, the complaint of discrimination under the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, is not the cause of action that came before the Federal Court and the various boards. The questions to be decided before the respondent Commission are not the same as those decided in the earlier proceedings. ^g

qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi rejeté.

E. R. Murray et Nora A. Gillespie, pour l'appelant. ^a

Janet E. Minor et John A. Terry, pour les intimées.

Françoise St-Martin, pour l'intervenant le procureur général du Québec. ^b

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

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Minor. La Cour est prête à rendre jugement. La question constitutionnelle est la suivante: ^d

Aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario est-il applicable au Bureau national d'examen dentaire du Canada en ce qui concerne les enquêtes visées par le présent pourvoi? ^e

Le Bureau ne relève pas de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement ni de la compétence en matière de trafic et de commerce prévues à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; il n'est qu'un organisme constitué sous le régime d'une loi fédérale et assujéti à la législation provinciale sur les droits de la personne. Par conséquent, la Commission ontarienne des droits de la personne a compétence en ce qui concerne les plaintes faisant l'objet du présent pourvoi. ^f

L'appelant a également fait valoir que le principe de la chose jugée devrait s'appliquer et priver la Commission intimée de la compétence pour entendre les plaintes. Nous ne sommes pas d'accord. Dans le cas du docteur Footman, la plainte de discrimination déposée en vertu du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, n'était pas l'objet de l'action soumise à la Cour fédérale et aux divers organismes. Les questions dont la Commission intimée a été saisie ne sont pas les mêmes que celles qui ont été tranchées au cours des procédures antérieures. ^g

In the case of Dr. Mendelsohn, there is not even a decision that could give rise to *res judicata* because her proceedings before the Federal Court were abandoned.

The appeal is accordingly dismissed with costs. The constitutional question is answered in the affirmative.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Genest Murray Desbrisay Lamek, Toronto.

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

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

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

Pour ce qui est du docteur Mendelsohn, il n'y a même pas de décision qui pourrait donner lieu à l'application du principe de la chose jugée parce que l'instance qu'elle avait intentée en Cour fédérale a été abandonnée.

Le pourvoi est en conséquence rejeté avec dépens. La question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Genest Murray Desbrisay Lamek, Toronto.

Procureur des intimées: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

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

Dennis Tatwing Sit *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SIT

File No.: 21369.

1991: June 21; 1991: October 3.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Party to offence — Whether ss. 213(c) and/or 21(2) of the Criminal Code violate ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 213(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Criminal law — Constructive murder — Party to offence — Whether ss. 213(c) and/or 21(2) of the Criminal Code violate ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

The appellant was tried by a judge and jury on a charge of second degree murder. In his charge to the jury, the trial judge described three possible grounds upon which the appellant could be found guilty. First, the jury was instructed that the appellant could be found guilty of aiding and abetting an intentional killing by the combined operation of ss. 21(1) and 212(a) of the *Criminal Code*. Secondly, the jury was instructed that the appellant could be found guilty as a party to a murder by the combined operation of ss. 21(2) and 213(a) of the *Criminal Code*. Thirdly, the jury was instructed that the appellant could be found guilty as a party to a murder by the combined operation of ss. 21(2) and 213(c) of the *Criminal Code*. The trial judge clearly stated that the appellant could be found guilty of murder whether or not he knew or ought to have known that the victim's death would result in the circumstances. The charge was given before the Supreme Court's decisions in *R. v.*

Dennis Tatwing Sit *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SIT

^b N° du greffe: 21369.

1991: 21 juin; 1991: 3 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Partie à l'infraction — Les articles 213c) ou 21(2) du Code criminel violent-ils les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 213c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Droit criminel — Meurtre par imputation — Partie à l'infraction — Les articles 213c) ou 21(2) du Code criminel violent-ils les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

L'appellant a subi son procès devant un juge et un jury relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Dans son exposé au jury, le juge du procès a mentionné trois motifs possibles permettant de déclarer l'appelant coupable. Premièrement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'aide et d'encouragement dans la perpétration d'un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(1) et de l'al. 212a) du *Code criminel*. Deuxièmement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213a) du *Code criminel*. Troisièmement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213c) du *Code criminel*. Le juge du procès a clairement dit que l'appelant pouvait être déclaré coupable de meurtre qu'il ait su ou non ou aurait dû savoir que la mort de la victime résulterait dans les circonstances. L'exposé au jury était antérieur aux arrêts

Vaillancourt, R. v. Martineau, and R. v. Logan, and was appropriate at the time.

The jury found the appellant guilty on the charge of second degree murder and this verdict was upheld on appeal. The Court of Appeal held unanimously that the trial judge's instructions to the jury were inconsistent with *R. v. Vaillancourt* since they allowed the appellant to be convicted on the combined application of ss. 21(2) and 213(c) as a party to murder even if he did not have objective foresight of the death of the victim. The majority of the Court of Appeal, however, invoked the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) (formerly 613(1)(b)(iii)) of the *Criminal Code* in order to uphold the appellant's conviction.

The appellant appealed as of right on the question whether his conviction was properly sustained through the application of s. 686(1)(b)(iii) and with leave at large. The appellant submitted that s. 213(c) was inconsistent, both alone and in combination with s. 21(2) of the *Criminal Code*, with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He also submitted that this restriction could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed. Section 213(c) of the *Criminal Code* contravenes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not justified under s. 1. Section 21(2) contravenes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* with respect to offences for which subjective foresight is a constitutional requirement in so far as it permits a party to be convicted on the basis that he or she "ought to have known" that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose. This restriction of ss. 7 and 11(d) is not justified under s. 1.

In *R. v. Martineau*, it was necessary for the Court to determine the minimum degree of *mens rea* required by the *Charter* for the offence of murder in order to assess the constitutional validity of s. 213(a) of the *Criminal Code*. The determination of this minimum degree of *mens rea* was therefore the live issue before this Court. Consequently, the finding in *Martineau* that proof of subjective foresight of death is necessary in order to sustain a conviction for murder and that s. 213(a) of the *Criminal Code* violated the *Charter* since it did not embrace this requirement was the *ratio decidendi* and

de la Cour suprême *R. c. Vaillancourt, R. c. Martineau et R. c. Logan* et était tout à fait approprié à ce moment-là.

Le jury a déclaré l'appellant coupable relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré et ce verdict a été confirmé en appel. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que les directives du juge du procès au jury n'étaient pas conformes à l'arrêt *R. c. Vaillancourt* puisqu'elles prévoyaient que l'appellant pouvait être déclaré coupable, sur le fondement de l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213c), d'avoir participé au meurtre même s'il n'avait pas prévu objectivement la mort de la victime. Toutefois, la Cour d'appel, à la majorité, a invoqué les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) (auparavant 613(1)(b)(iii)) du *Code criminel* pour confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant.

L'appellant a interjeté appel de plein droit sur la question de savoir si sa déclaration de culpabilité a été maintenue avec raison par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) et de manière générale sur autorisation. L'appellant a soutenu que l'al. 213c) était incompatible, pris tant de façon isolée que conjointement avec le par. 21(2) du *Code criminel*, avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Il a également soutenu que cette restriction ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. L'alinéa 213c) du *Code criminel* contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et n'est pas justifié en vertu de l'article premier. Le paragraphe 21(2) contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* relativement aux infractions pour lesquelles la prévision subjective est une exigence constitutionnelle dans la mesure où il permet de déclarer une personne coupable sur le fondement qu'elle «aurait dû savoir» que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction. Cette restriction de l'art. 7 et de l'al. 11d) n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Dans l'arrêt *R. c. Martineau*, il était nécessaire que la Cour détermine le degré minimal de *mens rea* requis par la *Charte* relativement à l'infraction de meurtre pour évaluer la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*. La détermination de ce degré minimal de *mens rea* était par conséquent la question directe présentée à notre Cour. Par conséquent, notre conclusion dans l'arrêt *Martineau* que la preuve d'une prévision subjective de la mort est nécessaire pour maintenir une déclaration de culpabilité de meurtre et que l'al. 213a) du *Code criminel* violait la *Charte* étant donné qu'il ne comprenait

not *obiter dictum*. Similarly, since the principles of fundamental justice constitutionally require proof of subjective foresight of death in order to sustain a conviction of a principal for murder, that same degree of *mens rea* is constitutionally required to sustain the conviction of a party to the offence of murder: *R. v. Logan*.

Section 213(c) of the *Criminal Code*, as worded, violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is, therefore, of no force or effect. An accused may be convicted of murder under s. 213(c) without proof beyond a reasonable doubt that he had subjective foresight of the death of his victim.

The appellant's conviction should not be sustained through the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; **referred to:** *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(1), (2), 212(a), 213(a), (c) [am. 1974-75-76, c. 93, s. 13; 1974-75-76, c. 105, s. 29; 1980-81-82-83, c. 125, s. 15].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a), 230(a), (c), 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 47 C.C.C. (3d) 45, 31 O.A.C. 21, dismissing an appeal from conviction by O'Driscoll J. sitting with jury. Appeal allowed.

Michael Lomer and Damien R. Frost, for the appellant.

W. J. Blacklock and Kenneth L. Campbell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

pas cette exigence constituait la *ratio decidendi* et non pas un *obiter dictum*. De même, étant donné que les principes de justice fondamentale exigent du point de vue constitutionnel la preuve d'une prévision subjective de la mort pour maintenir une déclaration de culpabilité de l'auteur d'un meurtre, ce même degré de *mens rea* est requis du point de vue constitutionnel pour maintenir la déclaration de culpabilité d'une personne ayant participé à l'infraction de meurtre: *R. c. Logan*.

L'alinéa 213c) du *Code criminel*, tel qu'il est libellé, porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et est, par conséquent, inopérant. Un accusé peut être déclaré coupable de meurtre en vertu de l'al. 213c) sans preuve hors de tout doute raisonnable qu'il prévoyait subjectivement la mort de sa victime.

La déclaration de culpabilité de l'appelant ne devrait pas être maintenue par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; **arrêt mentionné:** *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229(a), 230(a), (c), 686(1)(b)(iii).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2), 212(a), 213(a), (c) [mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 13; 1974-75-76, ch. 105, art. 29; 1980-81-82-83, ch. 125, art. 15].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 47 C.C.C. (3d) 45, 31 O.A.C. 21, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité rendue par le juge O'Driscoll siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

Michael Lomer et Damien R. Frost, pour l'appelant.

W. J. Blacklock et Kenneth L. Campbell, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LAMER C.J.—This appeal involves a constitutional challenge, under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to s. 213(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 230(c)). The appellant challenges the constitutional validity of s. 213(c) both alone and in combination with s. 21(2) of the *Criminal Code*.

The appellant was tried by a judge and jury on a charge of second degree murder. In his charge to the jury, the trial judge described three possible grounds upon which the appellant could be found guilty. First, the jury was instructed that the appellant could be found guilty of aiding and abetting an intentional killing by the combined operation of ss. 21(1) and 212(a) (now 229(a)) of the *Criminal Code*. Secondly, the jury was instructed that the appellant could be found guilty as a party to a murder by the combined operation of ss. 21(2) and 213(a) (now 230(a)) of the *Criminal Code*. Thirdly, the jury was instructed that the appellant could be found guilty as a party to a murder by the combined operation of ss. 21(2) and 213(c) of the *Criminal Code*. The trial judge clearly stated that the appellant could be found guilty of murder whether or not he knew or ought to have known that the victim's death would result in the circumstances.

The jury found the appellant guilty on the charge of second degree murder. This verdict was upheld by the Ontario Court of Appeal: (1989), 47 C.C.C. (3d) 45, 31 O.A.C. 21. The Court of Appeal held unanimously that the trial judge erred in instructing the jury that the appellant could be convicted on the combined application of ss. 21(2) and 213(c). The trial judge informed the jury that, by the operation of ss. 21(2) and 213(c), the appellant could be convicted as a party to murder even if he did not have objective foresight of the death of the victim. The Court of Appeal found, therefore, that the instructions were not consistent with the judgment of this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. (It should be noted that the Court of Appeal's judgment in this case was rendered prior to the judgment of this Court in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.) The majority of the Court of Appeal, however, invoked the curative pro-

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi porte sur une contestation sur le plan constitutionnel de l'al. 213c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 230c)), aux termes de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant conteste la constitutionnalité de l'al. 213c) pris tant de façon isolée que conjointement avec le par. 21(2) du *Code criminel*.

L'appelant a subi son procès devant un juge et un jury relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Dans son exposé au jury, le juge du procès a mentionné trois motifs possibles permettant de déclarer l'appelant coupable. Premièrement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'aide et d'encouragement dans la perpétration d'un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(1) et de l'al. 212a) (maintenant 229a)) du *Code criminel*. Deuxièmement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213a) (maintenant 230a)) du *Code criminel*. Troisièmement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213c) du *Code criminel*. Le juge du procès a clairement dit que l'appelant pouvait être déclaré coupable de meurtre qu'il ait su ou non ou aurait dû savoir que la mort de la victime résulterait dans les circonstances.

Le jury a déclaré l'appelant coupable relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Le verdict a été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario: (1989), 47 C.C.C. (3d) 45, 31 O.A.C. 21, qui a conclu à l'unanimité que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury lorsqu'il a dit que l'appelant pouvait être déclaré coupable sur le fondement de l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213c). Le juge du procès a informé le jury que, par l'application du par. 21(2) et de l'al. 213c), l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé au meurtre même s'il n'avait pas prévu objectivement la mort de la victime. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que les directives n'étaient pas conformes à l'arrêt de notre Cour dans *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. (Il convient de souligner que le jugement de la Cour d'appel en l'espèce a été rendu avant l'arrêt de notre Cour dans *R. c. Martineau*, [1990]

visions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 613(1)(b)(iii)), in order to uphold the appellant's conviction. In dissenting reasons, Cory J.A. (as he then was) disagreed with the majority on this point.

The appellant now appeals to this Court as of right on the question whether his conviction was properly sustained through the application of s. 686(1)(b)(iii) and with leave at large. He requests a new trial on the grounds that the trial judge erred in instructing the jury that the combined application of ss. 21(2) and 213(a) or ss. 21(2) and 213(c) could provide the bases for a conviction for second degree murder. He argues that a conviction for murder will not lie in the absence of proof beyond a reasonable doubt that an accused had subjective foresight of the death of his or her victim. An accused, in his opinion, may only be convicted of murder if the trier of fact is satisfied that the accused intended to cause the death of an individual or knew that the death of that individual would be the likely result of his conduct. Similarly, he submits that an accused may only be convicted as a party to murder upon proof that he or she had subjective foresight of the death of the victim. The appellant also submits that the majority of the Court of Appeal erred in applying the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) in this case.

The appellant relies on the judgment of this Court in *R. v. Martineau*, *supra*. *Martineau* involved a challenge to the constitutional validity of s. 213(a) of the *Criminal Code*. A majority of the Court (Dickson C.J., Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.) held that s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* requires proof that an accused had subjective foresight of the death of his or her victim before a conviction for murder can be sustained. Under s. 213(a), however, an accused could be convicted of murder whether or not he intended to kill his victim

2 R.C.S. 633.) Toutefois, la Cour d'appel, à la majorité, a invoqué les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant le sous-al. 613(1)(b)(iii)), pour confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant. Dans des motifs dissidents, le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) a exprimé son désaccord avec la majorité sur ce point.

L'appellant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour sur la question de savoir si sa déclaration de culpabilité a été maintenue avec raison par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) et sur autorisation pour l'ensemble. Il demande la tenue d'un nouveau procès sur le fondement que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury lorsqu'il a dit que l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213(a) ou du par. 21(2) et de l'al. 213(c) pouvait constituer les fondements d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il soutient qu'il n'y a pas lieu de rendre une déclaration de culpabilité de meurtre à moins qu'on ne fasse la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective par l'accusé de la mort de sa victime. À son avis, un accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre que si le juge des faits est convaincu que l'accusé avait l'intention de causer la mort d'une personne ou savait que sa conduite était susceptible d'entraîner la mort de cette personne. De même, il soutient qu'un accusé ne peut être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre que si l'on démontre une prévision subjective par l'accusé de la mort de sa victime. L'appellant soutient également que la Cour d'appel, à la majorité, a commis une erreur lorsqu'elle a appliqué les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) en l'espèce.

L'appellant se fonde sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Martineau*, précité, qui porte sur une contestation de la constitutionnalité de l'al. 213(a) du *Code criminel*. La Cour, à la majorité, (le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory) a conclu que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige la preuve d'une prévision subjective par l'accusé de la mort de sa victime avant qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue. Toutefois, aux termes de l'al. 213(a), un accusé peut être déclaré coupable de meurtre peu

or knew that death was a likely result of his conduct. The provision thus violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and was declared to be of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The respondent argued before this Court that the finding of the majority in *Martineau* that subjective foreseeability of death is the minimum constitutional *mens rea* requirement for murder is *obiter dictum*. The respondent emphasized that, under s. 213(a) of the *Code*, an accused could be convicted of murder in the absence of proof that he had objective foresight of the death of his victim. Section 213(a), therefore, could have been found to violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* on the basis that the provision did not require objective foresight of death as an essential element of the offence. In this light, our findings regarding subjective foresight of death were arguably unnecessary to the resolution of the case.

In my opinion, a correct reading of *Martineau* does not support the respondent's submission. In *Martineau*, as I noted above, this Court was asked to pronounce on the constitutional validity of s. 213(a) of the *Criminal Code*. To answer this question, it was necessary to determine the minimum degree of *mens rea* required by the *Charter* for the offence of murder. The determination of this minimum constitutional *mens rea* requirement was therefore the live issue before this Court. Consequently, our finding in *Martineau*, that proof of subjective foresight of death is necessary in order to sustain a conviction for murder and that s. 213(a) of the *Criminal Code* violated the *Charter* since it did not embrace this requirement, was not *obiter dictum*. This finding was the *ratio decidendi* of the decision.

Similarly, it was held by this Court in *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, that when the principles of fundamental justice constitutionally require, under s. 7 of the *Charter*, that there be a minimum degree of *mens rea* for conviction of a particular offence to be sus-

importe s'il avait ou non l'intention de tuer sa victime ou s'il savait que sa conduite était susceptible de causer la mort. Par conséquent, la disposition violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et a été déclarée inopérante en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'intimée a soutenu devant notre Cour que la conclusion de la majorité dans l'arrêt *Martineau*, selon laquelle la prévision subjective de la mort constitue la *mens rea* minimale requise du point de vue constitutionnel pour qu'il y ait meurtre, est une opinion incidente. L'intimée a souligné que, aux termes de l'al. 213a) du *Code*, un accusé pouvait être déclaré coupable de meurtre en l'absence de preuve de prévisibilité objective de sa part de la mort de sa victime. Par conséquent, on aurait pu conclure que l'al. 213a) violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* sur le fondement que la disposition n'exigeait pas la prévisibilité objective de la mort à titre d'élément essentiel de l'infraction. Dans ce contexte, on peut soutenir que nos conclusions concernant la prévision subjective de la mort n'étaient pas nécessaires pour régler l'affaire.

À mon avis, si l'on interprète bien l'arrêt *Martineau*, l'argument de l'intimée échoue. Dans l'arrêt *Martineau*, comme je l'ai mentionné précédemment, on a demandé à notre Cour de se prononcer sur la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*. Pour répondre à cette question, il était nécessaire de déterminer le degré minimal de *mens rea* requis par la *Charte* relativement à l'infraction de meurtre. La détermination de cette *mens rea* minimale requise du point de vue constitutionnel était par conséquent la question directe présentée à notre Cour. Par conséquent, notre conclusion dans l'arrêt *Martineau* que la preuve d'une prévision subjective de la mort est nécessaire pour maintenir une déclaration de culpabilité de meurtre et que l'al. 213a) du *Code criminel* violait la *Charte* étant donné qu'il ne comprenait pas cette exigence ne constituait pas un *obiter dictum*. Cette conclusion constituait la *ratio decidendi* de l'arrêt.

De même, notre Cour a conclu dans l'arrêt *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, que lorsque les principes de justice fondamentale exigent du point de vue constitutionnel, aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, qu'il y ait un degré minimal de *mens rea* pour maintenir une

tained, the same minimum degree of *mens rea* is constitutionally required for an accused to be convicted under s. 21(2) as a party to that offence. Since the principles of fundamental justice constitutionally require proof of subjective foresight of death in order to sustain a conviction of a principal for murder, that same degree of *mens rea* is constitutionally required to sustain the conviction of a party to the offence of murder.

An accused may be convicted of murder under s. 213(c) without proof beyond a reasonable doubt that he had subjective foresight of the death of his victim. Accordingly, s. 213(c), as worded, infringes the rights guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The provision cannot be saved by s. 1 of the *Charter*: see *Martineau*, *supra*, at p. 647, and *Logan*, *supra*, at pp. 745-47. Section 213(c) is therefore of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge's charge to the jury was incorrect in law since the jury was instructed that the appellant could be convicted as a party to murder, on the combined application of ss. 21(2) and 213(a) or ss. 21(2) and 213(c), in the absence of proof that the appellant had subjective foresight of the death of the victim. I note, however, that his charge to the jury was entirely appropriate at the time since it was rendered prior to the decisions of this Court in *Vaillancourt*, *Martineau* and *Logan*, *supra*.

I agree with the dissenting reasons of Cory J.A. in the Court of Appeal that the appellant's conviction should not be sustained through the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Consequently, I would allow the appeal and order a new trial. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 213(c) of the *Criminal Code* [now s. 230(c)] contravene the rights and freedoms guaranteed by

déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction en particulier, le même degré minimal de *mens rea* est requis du point de vue constitutionnel à l'égard d'un accusé pour qu'il soit déclaré coupable, aux termes du par. 21(2), d'avoir participé à cette infraction. Étant donné que les principes de justice fondamentale exigent du point de vue constitutionnel la preuve d'une prévision subjective de la mort pour maintenir une déclaration de culpabilité de l'auteur d'un meurtre, ce même degré de *mens rea* est requis du point de vue constitutionnel pour maintenir la déclaration de culpabilité d'une personne ayant participé à l'infraction de meurtre.

Un accusé peut être déclaré coupable de meurtre en vertu de l'al. 213c) sans preuve hors de tout doute raisonnable qu'il prévoyait subjectivement la mort de sa victime. Par conséquent, l'al. 213c), tel qu'il est libellé, porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, et il ne peut pas être sauvegardé par l'article premier: voir *Martineau*, précité, à la p. 647 et *Logan*, précité, aux pp. 745 à 747. L'alinéa 213c) est donc inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'exposé du juge du procès au jury était erroné en droit étant donné que le juge a dit au jury que l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre, par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213a) ou du par. 21(2) et de l'al. 213c), en l'absence de preuve de prévision subjective par l'appelant de la mort de la victime. Toutefois, il convient de souligner que l'exposé au jury était tout à fait approprié à ce moment-là puisqu'il était antérieur aux arrêts *Vaillancourt*, *Martineau* et *Logan*, précités, de notre Cour.

Je souscris aux motifs dissidents du juge Cory de la Cour d'appel selon lesquels la déclaration de culpabilité de l'appelant ne devrait pas être maintenue par l'application du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'ordonner un nouveau procès et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 213c) du *Code criminel* [maintenant l'al. 230c)] contrevient-il aux droits et libertés garan-

ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 213(c) of the *Criminal Code* [now s. 230(c)] justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

3. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, s. 21(2) of the *Criminal Code* contravenes the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter* with respect to offences for which subjective foresight is a constitutional requirement in so far as it permits a party to be convicted on the basis that he or she "ought to have known" that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose.

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Damien R. Frost, Toronto.

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

tis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213c) du *Code criminel* [maintenant l'al. 230c)] est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

3. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* contrevient-il aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, le par. 21(2) du *Code criminel* contrevient aux droits et libertés garantis par l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte* relativement aux infractions pour lesquelles la prévision subjective est une exigence constitutionnelle dans la mesure où il permet de déclarer une personne coupable sur le fondement qu'elle «aurait dû savoir» que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Damien R. Frost, Toronto.

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

Pilot Insurance Company *Appellant*

v.

Ottavio Altobelli *Respondent*

and between

**CNA Assurance Company and the Citadel
General Assurance Company** *Appellants*

v.

Ottavio Altobelli *Respondent*

INDEXED AS: ALTOBELLI v. PILOT INSURANCE CO.

File Nos.: 21584, 21582.

1991: October 7.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Judgments and orders — Issue estoppel — Abuse of
process — Plaintiff's award of damages for lost income
following motor vehicle accident reduced for failure to
mitigate — Plaintiff later claiming disability benefits
under insurance contract — Same issue not decided in
prior proceedings.*

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court
of Appeal (1989), 34 C.P.C. (2d) 193, reversing a
judgment of the District Court (1987), 19 C.P.C. (2d)
5, 25 C.C.L.I. 159, dismissing respondent's actions
against appellant insurers. Appeals dismissed.

Francis A. DeSantis and Paul T. Ferracuti, for the
appellant Pilot Insurance Company.

Pilot Insurance Company *Appelante*

c.

a

Ottavio Altobelli *Intimé*

et entre

b

**CNA Assurance Company et the Citadel
General Assurance Company** *Appelantes*

c.

c

Ottavio Altobelli *Intimé*

RÉPERTORIÉ: ALTOBELLI c. PILOT INSURANCE CO.

d

Nos du greffe: 21584, 21582.

1991: 7 octobre.

e

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

f

*Jugements et ordonnances — Chose jugée comme fin
de non-recevoir — Abus de procédure — Diminution
pour défaut de réduire la perte des dommages-intérêts
accordés au demandeur pour perte de revenus par suite
d'un accident de voiture — Demandeur réclamant plus
tard des prestations d'invalidité en vertu d'un contrat
d'assurance — Même question non tranchée dans les
procédures antérieures.*

Lois et règlements cités

Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218.

i

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de
l'Ontario (1989), 34 C.P.C. (2d) 193, qui a infirmé un
jugement de la Cour de district (1987), 19 C.P.C. (2d)
5, 25 C.C.L.I. 159, qui avait rejeté les actions de l'in-
timé contre les assureurs appelants. Pourvois rejetés.

j

Francis A. DeSantis et Paul T. Ferracuti, pour
l'appelante Pilot Insurance Company.

Joshua Liswood, for the appellants CNA Assurance Company and the Citadel General Assurance Company.

Larry G. Culver and *Bruce Davies*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear you Mr. Culver. The Court is ready to give judgment.

In our view, the identical question raised in the present actions was not decided in prior proceedings. In the prior tort action, the issue was a finding of fact as to ability to work in relation to assessment of damages. The issue in the present cases is the legal interpretation of disability under the terms of two insurance policies and the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218. The same consideration determines the issue of abuse of process.

The appeals are dismissed with costs and the orders of the Court of Appeal are affirmed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Pilot Insurance Company: Agro, Zaffiro, Parente, Orzel & Baker, Hamilton.

Solicitors for the appellants CNA Assurance Company and the Citadel General Assurance Company: Sawers, Liswood, Scott, Hickman, Toronto.

Solicitors for the respondent: Evans, Philp, Hamilton.

Joshua Liswood, pour les appelantes CNA Assurance Company et la Citadel General Assurance Company.

Larry G. Culver et *Bruce Davies*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Culver. La Cour est prête à rendre jugement.

À notre avis, la question identique soulevée dans les deux actions n'a pas été tranchée dans les procédures antérieures. Dans l'action antérieure en responsabilité délictuelle, la question en litige concernait une conclusion de fait quant à la capacité de travailler relativement à l'évaluation des dommages-intérêts. Dans les présentes espèces, la question porte sur l'interprétation juridique de l'invalidité en vertu des modalités de deux polices d'assurance et de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218. La même considération s'applique à la question de l'abus de procédure.

Les pourvois sont rejetés avec dépens et les ordonnances de la Cour d'appel sont confirmées.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante Pilot Insurance Company: Agro, Zaffiro, Parente, Orzel & Baker, Hamilton.

Procureurs des appelantes CNA Assurance Company et la Citadel General Assurance Company: Sawers, Liswood, Scott, Hickman, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Evans, Philp, Hamilton.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Albert Sinclair, Cécile Turgeon, Fernando Boutin, Yvon Lafrenière, Richard Laszczewski and the Comité de défense des droits démocratiques de citoyens de Noranda *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, and Alliance Quebec, Alliance for Language Communities in Quebec *Intervenors*

and

City of Noranda, City of Rouyn, Réal Bordeleau and Daniel Samson *Mis en cause*

INDEXED AS: SINCLAIR v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 21762.

1991: October 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Municipal law — Provincial legislation amalgamating two cities — Arguments based on Canadian and Quebec Charters challenging constitutionality of legislation found to be without merit — An Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 309, 28 Q.A.C. 86, 47 M.P.L.R. 275, setting aside a judgment of the Superior Court, [1986] R.J.Q. 2586. Constitutional

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

^a

Albert Sinclair, Cécile Turgeon, Fernando Boutin, Yvon Lafrenière, Richard Laszczewski et le Comité de défense des droits démocratiques de citoyens de Noranda *Intimés*

^b

et

^c

Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, et Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec *Intervenants*

^d

et

^e

Cité de Noranda, Cité de Rouyn, Réal Bordeleau et Daniel Samson *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: SINCLAIR c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

^f

N° du greffe: 21762.

1991: 9 octobre.

^g

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^h

Droit constitutionnel — Droit municipal — Loi provinciale fusionnant deux villes — Arguments invoqués en vertu des chartes canadienne et québécoise contestant la constitutionnalité de la loi jugés sans fondement — Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, L.Q. 1985, ch. 48.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 309, 28 Q.A.C. 86, 47 M.P.L.R. 275, qui a annulé un jugement de la Cour supérieure, [1986] R.J.Q. 2586. Les questions

questions 2 to 5 were answered in the negative¹. The appeal is reserved with respect to question 1².

Jean-Yves Bernard, Louis Rochette and Marise Visocchi, for the appellant.

Guy Bertrand and Alain Joffe, for the respondents.

Martin Low, Q.C., and René LeBlanc, for the intervener the Attorney General of Canada.

Donna J. Miller and Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Stephen A. Scott and Victoria Percival-Hilton, for the intervener Alliance Quebec.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Bernard. We are all of the view that the answer to questions 2 to 5 inclusive is no. If need be, we will deposit our reasons in support of this conclusion at a later date.

With regard to the first question, the appeal is in reserve.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Jean-Yves Bernard, Louis Rochette and Marise Visocchi, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents: Bertrand, Larochelle, Québec.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Jean-Marc Aubry, Martin Low and René LeBlanc, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener Alliance Quebec: Stephen A. Scott, Montréal.

constitutionnelles 2 à 5 ont reçu une réponse négative¹. Le pourvoi est pris en délibéré en ce qui concerne la question 1².

Jean-Yves Bernard, Louis Rochette et Marise Visocchi, pour l'appellant.

Guy Bertrand et Alain Joffe, pour les intimés.

Martin Low, c.r., et René LeBlanc, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Donna J. Miller et Deborah Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Stephen A. Scott et Victoria Percival-Hilton, pour l'intervenante Alliance Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Bernard. Nous sommes tous d'avis que la réponse aux questions 2 à 5 inclusive est non. Nous déposerons, au besoin, nos motifs au soutien de cette conclusion à une date ultérieure.

Quant à la première question, l'affaire est prise en délibéré.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Jean-Yves Bernard, Louis Rochette et Marise Visocchi, Ste-Foy.

Procureurs des intimés: Bertrand, Larochelle, Québec.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Jean-Marc Aubry, Martin Low et René LeBlanc, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

¹ Constitutional questions 2 to 5 appear at the end of text.

² Judgment rendered February 27, 1992.

¹ Les questions constitutionnelles 2 à 5 sont reproduites à la fin du texte.

² Jugement rendu le 27 février 1992.

EDITOR'S NOTE:

Constitutional questions 2 to 5 read as follows:

2. Does giving corporations the right to vote, with respect to municipal referenda pursuant to the *Act respecting the cities of Rouyn and Noranda* (ss. 6 and 11) contravene ss. 3, 15 and 26 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a
3. Does the procedure followed in enacting the *Act respecting the cities of Rouyn and Noranda* contravene the principles of natural justice or fundamental justice guaranteed by s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* and s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^b
4. Does the *Act respecting the cities of Rouyn and Noranda* contravene: ^c
 - a) the right guaranteed to the respondents by s. 3 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* as well as by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; ^d
 - b) the right of every person "to peaceful enjoyment and free disposition of his property" guaranteed to the respondents by s. 6 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*; ^e
5. Does the *Act respecting the cities of Rouyn and Noranda* contravene the principle of an individual's entitlement to equal protection of the law as declared in and guaranteed by the 2nd paragraph of the preamble to the *Charter of Human Rights and Freedoms* and pursuant to s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^f

NOTE DE L'ARRÊTISTE:

Voici le texte des questions constitutionnelles 2 à 5:

2. L'attribution, par la *Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda* (art. 6 et 11), du droit de vote aux personnes morales en matière de référendum municipal, contrevient-elle aux art. 3, 15 et 26 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Le processus d'adoption de la *Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda* porte-t-il atteinte aux principes de justice naturelle ou de justice fondamentale garantis par l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. La *Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda* porte-t-elle atteinte au:
 - a) droit garanti aux intimés tant par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* que par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
 - b) droit de toute personne «à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens» garanti aux intimés par l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*?
5. La *Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda* porte-t-elle atteinte au principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi énoncé et garanti par le 2^e considérant du préambule de la *Charte des droits et libertés de la personne* et par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

City of Laval *Appellant*

v.

Henry Avrith and Philip Avrith *Respondents*

and

Le Corbu Holdings Limitée *Intervener in
the Superior Court and the Court of
Appeal*

INDEXED AS: AVRITH v. LAVAL (CITY)

File No.: 21716.

1991: October 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Expropriation — Time limit for contesting right of
expropriation — Failure to contest expropriation within
30 days of notice of expropriation — Expropriated parties
misled through fault of expropriating party as to
existence and nature of their rights — Impossibility of
acting — Start of time limit for contesting suspended.*

Cases Cited

Applied: *Oznaga v. Société d'exploitation des
loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113; *City
of Montreal v. Vaillancourt*, [1977] 2 S.C.R. 849; *In re
Réserves du Nord (1973) Ltée: Hôtel Pilma sur le Lac
Inc. v. Bertrand*, [1984] C.A. 500.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of
Appeal¹, affirming a judgment of the Superior
Court², allowing the expropriated parties' motion for
relief from their failure to contest the right of expro-
piation. Appeal dismissed.

André Guérin, for the appellant.

¹ C.A. Montréal, No. 500-09-000598-896, October 13, 1989
(Malouf, Gendreau and Baudouin JJ.A.).

² Sup. Ct. Montréal, No. 500-34-000093-862, March 29,
1989 (Provost J.).

Ville de Laval *Appelante*

c.

^a **Henry Avrith et Philip Avrith** *Intimés*

et

^b **Le Corbu Holdings Limitée** *Intervenante
devant la Cour supérieure et la Cour
d'appel*

^c RÉPERTORIÉ: AVRITH c. LAVAL (VILLE)

N° du greffe: 21716.

1991: 10 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e *Expropriation — Délai pour contester le droit à l'ex-
propriation — Défaut de contester l'expropriation dans
les 30 jours de l'avis d'expropriation — Expropriés
induits en erreur par la faute de l'expropriante quant à
l'existence et la nature de leurs droits — Impossibilité
en fait d'agir — Point de départ du délai de contestation
suspendu.*

Jurisprudence

^g **Arrêts appliqués:** *Oznaga c. Société d'exploitation
des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113;
Ville de Montréal c. Vaillancourt, [1977] 2 R.C.S. 849;
*In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Hôtel Pilma sur le
Lac Inc. c. Bertrand*, [1984] C.A. 500.

^h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du
Québec¹, qui a confirmé un jugement de la Cour
supérieure², qui avait accueilli la requête des expro-
priés pour être relevés de leur défaut de contester le
droit à l'expropriation. Pourvoi rejeté.

André Guérin, pour l'appelante.

¹ C.A. Montréal, n° 500-09-000598-896, le 13 octobre 1989
(les juges Malouf, Gendreau et Baudouin).

² C.S. Montréal, n° 500-34-000093-862, le 29 mars 1989 (le
juge Provost).

Daniel St-Pierre and Jean-Maurice Charbonneau,
for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J.—It will not be necessary to hear from you. In view of the fact that the respondents, through the fault of the appellant, were misled regarding the existence and the nature of their rights, as determined by the Superior Court and the Court of Appeal and for the reasons handed down by this Court in *Oznaga v. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 S.C.R. 113; *City of Montreal v. Vaillancourt*, [1977] 2 S.C.R. 849, and *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Hôtel Pilma sur le Lac Inc. v. Bertrand*, [1984] C.A. 500, the appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Allaire & Associés, Laval.

Solicitors for the respondent Henry Avrith: Kravitz & Kravitz, Montréal.

Solicitors for the respondent Philip Avrith: Sklar & Pitts, Montréal.

Daniel St-Pierre et Jean-Maurice Charbonneau,
pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Eu égard au fait que les intimés ont été, par la faute de l'appelante, induits en erreur quant à l'existence et la nature de leurs droits, tel que déterminé par la Cour supérieure et la Cour d'appel, et pour les motifs énoncés par cette Cour dans les arrêts *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113, *Ville de Montréal c. Vaillancourt*, [1977] 2 R.C.S. 849, et *In re Réserves du Nord (1973) Ltée: Hôtel Pilma sur le Lac Inc. c. Bertrand*, [1984] C.A. 500, l'appel est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Allaire & Associés, Laval.

Procureurs de l'intimé Henry Avrith: Kravitz & Kravitz, Montréal.

Procureurs de l'intimé Philip Avrith: Sklar & Pitts, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Peter Richard Grant *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GRANT

File No.: 21825.

1991: June 10; 1991: October 17.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.

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

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused refusing to submit to A.L.E.R.T. test — Whether s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(2), (5).

Criminal law — Demand for breath sample — Accused refusing to submit to A.L.E.R.T. test — Criminal Code provision authorizing demand that a breath sample be provided “forthwith” — Whether demand made fell within ambit of provision — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(2), (5).

Criminal law — Issue estoppel — Crown’s appeal challenging only first of two acquittals — Second acquittal constituting finding of fact that accused not driving motor vehicle when spotted by police — Crown estopped from challenging first acquittal.

A police officer observed a person he believed to be the accused driving a motor vehicle and pursued him, believing him to be driving while disqualified. The officer caught up with the accused, who was standing on the sidewalk some distance from his vehicle, and asked him to enter the police car for questioning. During the conversation in the police car the officer smelt alcohol on the accused’s breath and made a demand that he submit to an A.L.E.R.T. test under s. 238(2) of the *Criminal Code*. When the necessary apparatus was delivered 30 minutes later, the accused refused to take the test and was charged with failing or refusing to comply with the demand contrary to s. 238(5) of the *Code* and with operating a motor vehicle while disqualified, contrary to

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Peter Richard Grant** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. GRANT

N^o du greffe: 21825.^b

1991: 10 juin; 1991: 17 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci.

^cEN APPEL DE LA SECTION D’APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE L’ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’assistance d’un avocat — Refus de l’accusé de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. — Y a-t-il eu violation de l’art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2), (5).

Droit criminel — Demande d’échantillon d’haleine — Refus de l’accusé de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. — Disposition du Code criminel autorisant de donner l’ordre de fournir «immédiatement» un échantillon d’haleine — L’ordre donné s’inscrit-il dans le contexte de cette disposition? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2), (5).

Droit criminel — La chose jugée comme fin de non-recevoir — Le pourvoi du ministère public ne porte que sur le premier des deux acquittements — Le second acquittement équivaut à une conclusion de fait que l’accusé ne conduisait pas le véhicule automobile au moment où il a été remarqué par la police — Le ministère public ne peut contester le premier acquittement.

Un agent de police a remarqué une personne, qu’il croyait être l’accusé, conduisant un véhicule à moteur et il l’a poursuivi, croyant qu’il conduisait pendant qu’il lui était interdit de le faire. L’agent a rattrapé l’accusé qui se tenait alors sur le trottoir à une certaine distance de son véhicule et lui a demandé de monter dans la voiture de police pour interrogatoire. Pendant la conversation qui a suivi, l’agent a décelé une odeur d’alcool exhalée par l’accusé et il lui a ordonné de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. en vertu du par. 238(2) du *Code criminel*. Lorsque l’appareil a été livré 30 minutes plus tard, l’accusé a refusé de se soumettre à l’alcootest et il a été porté contre lui une accusation pour défaut ou refus d’obtempérer à un ordre en contravention du par. 238(5)

s. 242(4)(b). At no point during the time the accused was with the police officer was he informed of his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At trial the accused sought to have statements he had made to the police officer, including his refusal to comply with the demand for a breath sample, excluded under s. 24(2) of the *Charter* on the basis that his s. 10(b) rights had been infringed. The trial judge excluded the evidence and acquitted the accused on the s. 238(5) charge for lack of evidence. He also acquitted him on the charge of driving while disqualified on the basis that the Crown's remaining evidence of identification was equivocal and left him with a reasonable doubt as to whether the officer had positively identified the accused as the operator of the vehicle. The Crown appealed the acquittal on the first charge. The summary conviction appeal court found that s. 238(2) of the *Code* implied a reasonable limit on the right to counsel. It set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and restored the acquittal.

Held: The appeal should be dismissed.

The actions of the police officer fell outside the ambit of s. 238(2), since the demand made was not a demand that the accused provide a sample of his breath "forthwith", or immediately, but a demand that he provide a breath sample when the required apparatus arrived, which turned out to be half an hour later. The accused was therefore under no obligation to comply with the officer's demand, and did not commit an offence under s. 238(5) when he failed to do so. The issue of the exclusion of evidence of his failure to comply with the demand which was made thus does not arise.

The accused's right to counsel was indeed infringed in this case. His detention in the police car, both initially when the officer believed he had been driving while disqualified and later when the officer formed the suspicion he had been driving under the influence of alcohol, constitutes "detention" within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. Since the police action fell outside s. 238(2), the provision is not available to authorize the absence of a s. 10(b) warning upon detention, and hence it cannot constitute a limitation on the s. 10(b) right to counsel

du *Code* ainsi qu'une accusation de conduite d'un véhicule à moteur durant l'interdiction en violation de l'al. 242(4)(b). Durant le temps que l'accusé a passé en compagnie du policier, celui-ci ne l'a jamais informé qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Au procès, l'accusé a demandé, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, que soient exclues de la preuve les déclarations qu'il avait faites au policier, y compris son refus ou son défaut de fournir un échantillon d'haleine, en raison de la violation de ses droits reconnus par l'al. 10b). Le juge du procès a écarté les éléments de preuve et a rendu un verdict d'acquittement relativement à l'accusation portée en vertu du par. 238(5) en raison de l'absence de preuve. Il a aussi rendu un verdict d'acquittement relativement à l'accusation de conduite durant l'interdiction au motif que ce qui restait au ministère public comme preuve de l'identification était équivoque et qu'il avait un doute raisonnable quant à savoir si l'agent avait positivement identifié l'accusé comme le conducteur du véhicule. Le ministère public a interjeté appel contre l'acquittement relatif à la première accusation. La cour d'appel des poursuites sommaires a conclu que le par. 238(2) du *Code* imposait implicitement une restriction raisonnable au droit à l'assistance d'un avocat. Elle a donc annulé l'acquittement et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et rétabli l'acquittement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les gestes du policier ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2) puisque l'ordre donné n'était pas que l'accusé fournisse «immédiatement» un échantillon d'haleine, mais un ordre de fournir un échantillon d'haleine lorsqu'il aurait reçu le dispositif en question, en l'occurrence une demi-heure plus tard. Il s'ensuit que l'accusé n'était pas tenu d'obtempérer à l'ordre du policier et qu'il n'a pas commis l'infraction prévue au par. 238(5) en ne le faisant pas. La question de l'exclusion de la preuve de son défaut d'obtempérer à cet ordre ne se pose pas.

Il y a bien eu en l'espèce violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat. Sa détention dans la voiture de police, tant la détention initiale fondée sur le soupçon de conduite durant l'interdiction que la détention subséquente fondée sur le soupçon de conduite avec facultés affaiblies, constitue une «détention» au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Puisque les gestes du policier ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2), la disposition ne permet pas de ne pas informer la personne détenue de ses droits en vertu de l'al. 10b) et elle ne peut

“prescribed by law” which would be capable of justification under s. 1 of the *Charter*.

The Crown, having failed to appeal the s. 242(4) acquittal, is in any event estopped from challenging the s. 238(5) acquittal. A conviction under s. 238(5) would require an anterior finding of fact that the accused was driving the vehicle in question at the time it was first spotted by the police officer, yet the acquittal on the s. 242(4) charge of operating a vehicle while disqualified amounts to a finding of fact on this very issue in favour of the accused. To allow the appeal on the s. 238(5) charge while leaving the acquittal on the s. 242(4) charge undisturbed would result in an impermissible co-existence of inconsistent verdicts in respect of charges arising out of the same transaction.

Cases Cited

Considered: *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810; *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 10(b), 24(1), (2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 238(2) [en. 1985, c. 19, s. 36] (formerly s. 234.1(1)), (5) [*idem*], 242(4)(b) [*idem*].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 254(2), (5), 259(4)(b).

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 36, 249 A.P.R. 36, 53 C.C.C. (3d) 46, 73 C.R. (3d) 233, 45 C.R.R. 175, 19 M.V.R. (2d) 186, reversing the judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division (1989), 79 Nfld. & P.E.I.R. 158, 246 A.P.R. 158, 48 C.C.C. (3d) 573, 15 M.V.R. (2d) 343 allowing the Crown's

donc constituer une restriction du droit à l'assistance d'un avocat prévue par «une règle de droit» qui pourrait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

a Le ministère public, ayant omis d'interjeter appel contre l'acquittement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4), ne peut pas contester l'acquittement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 238(5). Une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 238(5) exigerait d'abord une conclusion de fait que b l'accusé conduisait le véhicule en question au moment où il a été initialement remarqué par le policier. Toutefois, l'acquittement relatif à l'accusation de conduite d'un véhicule durant l'interdiction portée en vertu du par. 242(4) équivaut à une conclusion de fait favorable à c l'accusé sur cette question précise. Si l'on accueillait le pourvoi relativement à l'accusation portée en vertu du par. 238(5) tout en maintenant l'acquittement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4), il y aurait coexistence inadmissible de deux verdicts incompatibles d relativement à des accusations découlant d'un même acte.

Jurisprudence

e **Arrêt examiné:** *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810; f *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 10(b), 24(1), (2).
 g *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2), (5), 259(4)(b).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2) [aj. 1985, ch. 19, art. 36] (auparavant art. 234.1(1)), h (5) [*idem*], 242(4)(b) [*idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 36, 249 A.P.R. 36, 53 C.C.C. (3d) 46, 73 C.R. (3d) 233, 45 C.R.R. 175, 19 M.V.R. (2d) 186, qui a infirmé le jugement de la Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1989), 79 Nfld. & P.E.I.R. 158, 246 A.P.R. 158, 48 C.C.C. (3d) 573, 15 M.V.R. (2d) 343 qui avait accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à une accusa-

appeal from the accused's acquittal on a charge of refusing an A.L.E.R.T. demand. Appeal dismissed.

Darrell E. Coombs, for the appellant.

John L. MacDougall, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—

The Facts

On December 4, 1987, an R.C.M.P. officer observed a person whom he believed to be the respondent (Mr. Grant) driving a motor vehicle in the city of Charlottetown and pursued him, believing him to be driving while disqualified. The officer followed the car, and caught up with Mr. Grant, who was apparently, at that time, standing on the sidewalk approximately 300 feet from his vehicle. The officer then asked Mr. Grant to enter the police car for questioning. During the conversation in the police car, the officer smelt alcohol on Mr. Grant's breath, which caused him to suspect that he had been operating a motor vehicle with alcohol in his body. The officer thereupon decided to make a demand under s. 238(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 254(2)), that Mr. Grant submit to an A.L.E.R.T. test. However, the officer did not have the necessary apparatus with him at the time so he had another officer deliver it to him. The apparatus did not arrive for another 30 minutes, during which time Mr. Grant remained in the police car.

Mr. Grant did not take the test and the officer charged him with failing or refusing to comply with his demand contrary to s. 238(5) of the *Code* (now s. 254(5)). Mr. Grant was also charged with operating a motor vehicle while disqualified contrary to s. 242(4)(b) (now s. 259(4)(b)) of the *Code*. At no point during the 30 minutes during which Mr. Grant was in the company of the police officer was he informed of his right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

tion de refus de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. Pourvoi rejeté.

Darrell E. Coombs, pour l'appelante.

John L. MacDougall, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—

Les faits

Le 4 décembre 1987, un agent de la G.R.C. a remarqué une personne, qu'il croyait être l'intimé (M. Grant), conduisant un véhicule à moteur dans la ville de Charlottetown. L'agent l'a poursuivi, croyant qu'il conduisait pendant qu'il lui était interdit de le faire. L'agent a suivi la voiture et a rattrapé M. Grant qui, apparemment, se tenait alors sur le trottoir à environ 300 pieds de son véhicule. L'agent a ensuite demandé à M. Grant de monter dans la voiture de police pour interrogatoire. Pendant la conversation qui a suivi, l'agent a décelé une odeur d'alcool exhalée par M. Grant, ce qui l'a amené à soupçonner qu'il avait conduit un véhicule automobile alors qu'il avait consommé de l'alcool. L'agent a donc décidé d'ordonner à M. Grant de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. en vertu du par. 238(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 254(2)). Toutefois, l'agent n'avait pas l'appareil nécessaire avec lui et il a demandé à un autre agent de lui en apporter un. Il n'a reçu l'appareil que 30 minutes plus tard et, pendant ce temps, M. Grant est demeuré dans la voiture de police.

M. Grant ne s'est pas soumis à l'alcootest et l'agent a porté contre lui une accusation pour défaut ou refus d'obtempérer à un ordre en contravention du par. 238(5) du *Code* (maintenant le par. 254(5)). M. Grant a aussi été accusé de conduite d'un véhicule à moteur durant l'interdiction en violation de l'al. 242(4)(b) (maintenant l'al. 259(4)(b)) du *Code*. Durant les 30 minutes que M. Grant a passé en compagnie du policier, celui-ci ne l'a jamais informé de son droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

At trial in the Prince Edward Island Provincial Court, counsel for Mr. Grant moved, under s. 24(2) of the *Charter*, for the exclusion of evidence of statements made by Mr. Grant to the police officer, including his refusal or failure to comply with the demand to provide a breath sample, on the basis that Mr. Grant's s. 10(b) rights had been infringed. Thompson C. Prov. Ct. J. found that there had been an infringement of s. 10(b) and excluded the evidence relating to the statements made by Mr. Grant, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. He then entered an acquittal on the charge of refusing to comply with a request for a breath sample for lack of evidence. Thompson C. Prov. Ct. J. also entered an acquittal on the charge of driving while disqualified on the basis that, after the exclusion of evidence of statements made by Mr. Grant during the 30 minutes he had spent with the police officer, the Crown's remaining evidence of identification was equivocal, and left him with a reasonable doubt as to whether, when the officer first came in contact with the accused, the officer had positively identified Mr. Grant as the operator of the vehicle.

The Crown appealed the acquittal on the count of refusing to comply with a request to provide a breath sample and the related *Charter* ruling to the Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division (sitting as a summary conviction appeal court). Interestingly, it appears that the Crown did not challenge the acquittal on the second charge of driving while disqualified.

Relying on *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, Matheson J. found that s. 238(2) implied a reasonable limit, under s. 1 of the *Charter*, on the right to counsel guaranteed by s. 10(b). She therefore set aside the acquittal on the s. 238 charge and ordered a new trial. The accused appealed this ruling to the Prince Edward Island Court of Appeal.

The Prince Edward Island Court of Appeal unanimously held (*per* Mitchell J.A.) that, because of legislative amendments made to the provision considered in *Thomsen*, *supra*, a demand made under

Au procès devant la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, l'avocat de M. Grant a demandé, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, que soient exclues de la preuve les déclarations faites par M. Grant au policier, y compris son refus ou son défaut de fournir un échantillon d'haleine, en raison de la violation des droits reconnus à M. Grant par l'al. 10b). Le juge en chef Thompson a conclu qu'il y avait eu contravention de l'al. 10b) et il a écarté, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve concernant les déclarations faites par M. Grant. En raison de l'absence de preuve, il a alors rendu un verdict d'acquittement relativement à l'accusation de refus de fournir un échantillon d'haleine. Le juge en chef Thompson a aussi rendu un verdict d'acquittement relativement à l'accusation de conduite durant l'interdiction au motif que, après exclusion de la preuve des déclarations faites par M. Grant pendant les 30 minutes passées en compagnie du policier, la preuve du ministère public relative à l'identification était équivoque et qu'il avait un doute raisonnable quant à savoir si l'agent avait positivement identifié M. Grant comme le conducteur du véhicule au moment de la rencontre initiale avec l'accusé.

Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement relatif à l'accusation de refus de fournir un échantillon d'haleine et de la décision connexe fondée sur la *Charte* devant la Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (siégeant comme cour d'appel des poursuites sommaires). Il est intéressant de noter que le ministère public n'a pas contesté l'acquittement relatif à la seconde accusation de conduite durant l'interdiction.

Se fondant sur l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, le juge Matheson a conclu que le par. 238(2) imposait implicitement une restriction raisonnable, au sens de l'article premier de la *Charte*, au droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b). Elle a donc annulé l'acquittement relatif à l'accusation en vertu de l'art. 238 et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'accusé a fait appel de ce jugement devant la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard.

La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a statué à l'unanimité (le juge Mitchell au nom de la cour) que, en raison des modifications législatives apportées à la disposition analysée dans l'arrêt *Thomsen*,

s. 238(2) did not qualify as a limitation to the s. 10(b) right that was capable of justification under s. 1 of the *Charter*. Finding, therefore, that the Provincial Court Judge had not erred in excluding the evidence relating to the refusal, the court set aside the order for a new trial and restored the acquittal.

On June 7, 1990, this Court granted the Crown's application for leave to appeal the judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34

238. . . .

(2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating a motor vehicle or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or who has the care or control of a motor vehicle, vessel or aircraft, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

(5) Every one commits an offence who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under this section.

Section 234.1(1), the predecessor to s. 238(2), was the provision considered in *Thomsen*, *supra*:

234.1 (1) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

précité, un ordre donné en vertu du par. 238(2) ne constituait pas une restriction au droit prévu à l'al. 10b), dont la justification puisse se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. Concluant que la Cour provinciale n'avait pas commis d'erreur lorsqu'elle a exclu les éléments de preuve concernant le refus, la cour a annulé l'ordonnance de nouveau procès et rétabli l'acquittal.

Le 7 juin 1990, notre Cour a accordé l'autorisation d'appel contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard.

Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34

238. . . .

(2) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le corps de la personne qui conduit un véhicule à moteur, un bateau ou un aéronef, ou aide à conduire un aéronef, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule, d'un bateau ou d'un aéronef, que ceux-ci soient en mouvement ou non, peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(5) Commet une infraction quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à un ordre que lui donne un agent de la paix en vertu du présent article.

Le paragraphe 234.1(1), la disposition qui a précédé le par. 238(2), est la disposition analysée dans l'arrêt *Thomsen*, précité:

234.1 (1) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcooltest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

Judgments Below*Provincial Court of Prince Edward Island*

Following a *voir dire* to determine the voluntariness of the statement and consider the arguments for exclusion under s. 24(2) of the *Charter*, Thompson C. Prov. Ct. J. concluded:

An interesting point in the *Thomsen* decision is that Mr. Justice LeDain referred to the fact that roadside tests into what was referred to in Section 234.1 as an approved roadside screening device must be conducted at roadside and on that basis the legislation certainly by implication required that the individual be dealt forthwith at the roadside and that the matter of counsel was a Charter right that should be overruled by the Alert legislation, but what must be considered in this case is the fact that this charge was contrary to Section 238(2) of the Criminal Code. Section 238(2) of the Criminal Code deleted the reference to roadside and the approved screening device and I (unclear) as recently as three days ago, I think, that that reference to roadside having been deleted, the accused therefore may be removed to a detachment in order to permit preliminary breath sampling to take place pursuant to Section 238(2) of the Criminal Code. . . .

On the basis of all of that, I am of the view here that the accused's *Charter* right was breached. He was detained. He was asked to enter the police cruiser and I think clearly that the detention envisioned by the Supreme Court of Canada in the *Therens* case . . . occurred in this particular situation.

The trial judge went on to exclude the statement according to the test in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, because it constituted evidence emanating from the accused.

Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division ((1989), 79 Nfld. & P.E.I.R. 158)

After comparing the section in issue in *Thomsen*, *supra*, with the section in issue in the case at bar, Matheson J. concluded (at p. 161):

. . . the only difference is [the] addition of the words ". . . vessel or operating or assisting in the operation of

Les tribunaux d'instance inférieure*La Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Après la tenue d'un voir-dire visant à déterminer le caractère volontaire de la déclaration et à analyser les arguments visant à l'exclure en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le juge en chef Thompson a conclu:

[TRADUCTION] Un point intéressant dans l'arrêt *Thomsen* est que le juge LeDain mentionne que les alcootests qualifiés à l'article 234.1 d'alcootests approuvés doivent être pratiqués sur le bord de la route et, pour ce motif, il ne fait pas de doute que la disposition législative exige implicitement que l'alcootest soit pratiqué sur-le-champ au bord de la route et que la question de l'assistance d'un avocat est un droit garanti par la Charte qui devrait être écarté par la disposition législative concernant l'alcootest; toutefois, ce qui doit être examiné en l'espèce est le fait que l'accusation a été portée en vertu du paragraphe 238(2) du Code criminel. Le terme «roadside» a été éliminé dans l'expression «approved screening device» de la version anglaise du paragraphe 238(2) du Code criminel et (inaudible) il y a tout juste trois jours, je crois, que puisqu'il y a eu suppression de l'expression «roadside», l'accusé peut donc être amené à un poste de police pour un prélèvement d'échantillon d'haleine préliminaire, conformément au paragraphe 238(2) du Code criminel. . .

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'en l'espèce il y a eu violation du droit garanti à l'accusé par la *Charte*. Il a été détenu. On lui a demandé de monter dans la voiture de police et je crois réellement qu'il y a eu détention au sens envisagé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Therens* [. . .] dans ce cas particulier.

Le juge du procès a alors exclu la déclaration conformément au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, parce qu'elle constituait une preuve émanant de l'accusé.

La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section de première instance ((1989), 79 Nfld. & P.E.I.R. 158)

Après avoir comparé l'article contesté dans l'arrêt *Thomsen*, précité, et la disposition en cause en l'espèce, le juge Matheson conclut (à la p. 161):

[TRADUCTION] . . . la seule différence entre les deux articles est l'adjonction des termes «. . . un bateau ou un

an aircraft . . . vessel or aircraft” and the deletion of the word “roadside”.

The effect of these changes is to make s. 234.1(1) applicable to aircraft and vessels. Hence the necessity to drop the word “roadside” when referring to “an approved screening device”. However, this in no way limits the use of the A.L.E.R.T. instrument for roadside use.

The purpose of the section is to authorize the use of an approved screening device to obtain a breath sample which must be given “forthwith”. In the case of automobile drivers, this normally would be at roadside, as quickly as possible. The Supreme Court of Canada has held in *Thomsen*, *supra*, that in these circumstances a detained person does not have the right to retain counsel before complying with the demand. I do not see how dropping the word “roadside” from the section alters this position, in light of the accompanying changes in the wording of the section.

Matheson J. therefore allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial.

Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division ((1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 36)

Mitchell J.A. (Carruthers C.J. P.E.I. and McMahon J.A. concurring) found that, with the deletion of the word “roadside” from the provision, there was no longer an implicit limit, prescribed by law, to s. 10(b). In his view, the Supreme Court of Canada in *Thomsen*, *supra*, relied on the word “roadside” along with the word “forthwith” to find an implicit limitation on the right to counsel prescribed by s. 234.1. However, the changes to the legislation were significant (at p. 40):

Absent the word “roadside” and given the expansion of time for taking breathalyzer tests, it is not easy to find an implicit limit in the case of a demand under s. 254(2) [formerly s. 238(2)].

The Court of Appeal rejected the reasoning of Matheson J. that the word was dropped simply

aéronef, ou aide à conduire un aéronef . . . d’un bateau ou d’un aéronef» et la suppression (dans la version anglaise) du terme «roadside».

^a Ces modifications ont pour effet de rendre le par. 234.1(1) applicable aux aéronefs et aux bateaux. C’est pourquoi il a fallu supprimer le terme «roadside» dans l’expression «an approved screening device». Toutefois, ceci ne limite pas l’utilisation de l’alcooltest A.L.E.R.T. conçu pour être pratiqué sur le bord de la route.

^b Cet article vise à autoriser l’utilisation d’un appareil de détection approuvé pour le prélèvement d’un échantillon d’haleine qui doit être effectué «immédiatement». Dans le cas du conducteur d’une automobile, ce prélèvement est habituellement effectué sur le bord de la route, aussi rapidement que possible. La Cour suprême du Canada a statué dans l’arrêt *Thomsen*, précité, que dans ces circonstances une personne détenue n’a pas droit à l’assistance d’un avocat avant d’obtempérer à l’ordre. Je ne comprends pas comment la suppression du terme «roadside» dans l’article change cette situation, compte tenu des autres modifications du libellé de l’article.

^c Le juge Matheson a donc accueilli l’appel interjeté par le ministère public et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

^d *Section d’appel de la Cour suprême de l’Île-du-Prince-Édouard* ((1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 36)

^e Le juge Mitchell (le juge en chef Carruthers et le juge McMahon ont souscrit à ses motifs) a statué que, vu la suppression du terme «roadside» dans la disposition, il n’existait plus de restriction implicite, prévue par une règle de droit, à l’al. 10(b). À son avis, la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Thomsen*, précité, s’était fondée sur l’emploi du terme «roadside» et de l’expression «sur-le-champ» dans la disposition pour conclure que l’art. 234.1 imposait une restriction implicite au droit à l’assistance d’un avocat. Toutefois, les modifications apportées aux dispositions législatives ont été importantes (à la p. 40):

^f [TRADUCTION] En l’absence du terme «roadside» et vu le prolongement du délai imparti pour l’éthylométrie, il n’est pas facile de conclure à l’existence d’une restriction implicite dans le cas d’un ordre donné en vertu du par. 254(2) [auparavant le par. 238(2)].

^g La Cour d’appel a rejeté le raisonnement du juge Matheson selon lequel le terme «roadside» avait

because aircraft and boats had been added to the legislation, as failing to appreciate the “full dimensions” of the word “roadside”. Parliament could have added a word to serve a similar function, but did not. The word “forthwith” was not sufficient to imply a limit prescribed by law since that term could mean “within a reasonable time” and not “immediately” (at pp. 40-41):

Absent the word “roadside” there is nothing more in s. 254(2) than in s. 254(3) to imply that the test is to be taken before the subject is given his s. 10 rights.

Even if there were a limit prescribed by law in s. 254(2), Mitchell J.A. pointed out that the limitation would have to pass the s. 1 test in order to be valid. In *Thomsen, supra*, the Supreme Court of Canada interpreted the word “roadside” not just as a description of the equipment, but also as setting out a requirement regarding when and where it should be used. In the Court of Appeal’s view, under s. 254(2), the police were no longer required to administer the test at roadside, but could take the person back to the station. Because the police powers provided for in s. 254(2) went beyond simple roadside screening tests and authorized the police to require an individual to accompany them to the police station, the section failed the proportionality component of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Therefore, even if a limit on the right to counsel were implied, there could no longer be any acceptable justification for it (at p. 42):

The s. 1 material before the court in *Thomsen* established the important role of roadside breath testing in detecting and deterring impaired driving. As a result, the Supreme Court held that the importance of that role justified limitations on the right to counsel at “the roadside testing stage”. The powers which the police now have of demand and to require a subject to accompany them under s. 254(2) are much broader than necessary to accomplish the objective justified by the s. 1 material filed with the Supreme Court in *Thomsen* A suspension of civil liberties in the interests of detecting and

été supprimé simplement parce qu’on avait ajouté les aéronefs et les bateaux à la disposition en question, au motif que ce raisonnement ne saisissait pas [TRADUCTION] «toute la portée» du terme «roadside». Le Parlement aurait pu ajouter un terme à une fin similaire, mais il ne l’a pas fait. Le terme «sur-le-champ» ne suffisait pas pour établir une restriction implicite prévue par une règle de droit puisque cette expression pouvait signifier [TRADUCTION] «dans un délai raisonnable» et non [TRADUCTION] «immédiatement» (aux pp. 40 et 41):

[TRADUCTION] En l’absence du terme «roadside», il n’y a rien de plus au par. 254(2) qu’au par. 254(3) qui permette de conclure que l’alcooltest doit être pratiqué avant que la personne soit informée de ses droits en vertu de l’art. 10.

Même si le par. 254(2) imposait une restriction, le juge Mitchell précise que cette restriction devrait satisfaire au critère énoncé à l’article premier pour être valide. Dans l’arrêt *Thomsen*, précité, la Cour suprême du Canada a statué que le terme «roadside» sert non seulement à décrire l’équipement, mais aussi à établir une exigence quant au moment et à l’endroit où devrait être pratiqué l’alcooltest. De l’avis de la Cour d’appel, en vertu du par. 254(2), les policiers ne sont plus tenus de pratiquer l’alcooltest sur le bord de la route; ils peuvent amener la personne au poste de police. Puisque les pouvoirs policiers prévus par le par. 254(2) vont au-delà de la simple pratique des alcooltests et autorisent les policiers à ordonner à une personne de les accompagner au poste de police, la disposition en question ne satisfait pas au critère de la proportionnalité énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Par conséquent, même s’il y avait une restriction implicite du droit à l’assistance d’un avocat, elle n’avait plus de justification acceptable (à la p. 42):

[TRADUCTION] Les documents relatifs à l’article premier qui ont été présentés à la Cour dans l’arrêt *Thomsen* ont établi le rôle important que joue l’alcooltest dans la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies et comme moyen de dissuasion. La Cour suprême a donc statué que l’importance de ce rôle justifiait l’imposition de restrictions au droit à l’assistance d’un avocat «à l’étape de l’alcooltest au bord de la route». Les pouvoirs qu’a maintenant le policier, en vertu du par. 254(2), d’ordonner à une personne de lui fournir un échantillon d’haleine ou de le suivre sont beaucoup plus étendus

detering impaired drivers is only necessary if the A.L.E.R.T. test has to be administered right away and on the spot. That is not the case under s. 254(2).

Therefore, Mitchell J.A. concluded that “a demand under s. 254(2) [did] not qualify as a valid limitation according to s. 1 of the **Charter** on the appellant’s s. 10(b) rights.” Therefore, he set aside the order for a new trial and restored the acquittal entered in the Provincial Court.

Analysis

I note at the outset of this analysis that while this case has proceeded in the courts below and was appealed to this Court on the basis of whether this Court’s decision in *Thomsen*, *supra*, applies to s. 238(2) (the predecessor of which was amended by Parliament subsequent to the decision in *Thomsen*), I do not find it necessary to resolve this issue in order to dispose of this appeal. I am of the opinion that this appeal must be dismissed and the acquittal restored, and that this result is dictated on a number of alternative grounds.

(1) *Nature of the Demand Under s. 238(2)*

In *Thomsen*, this Court held that the predecessor to s. 238(2) (see former s. 234.1(1) set out above) implied a limitation of the right to counsel. This holding was based on the fact that the operational nature and purpose of an A.L.E.R.T. demand (as evidenced, in part, by the use of the terms “forthwith” and “roadside” in the section) meant that there was to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a demand made under the section. This Court held further, in *Thomsen*, that the limitation of s. 10(b) rights implied by the *Code* provision constituted a reasonable limit prescribed by law in the meaning of s. 1 of the *Charter*. The section 1 analysis in *Thomsen* focused on the important role played by immediate, roadside breath testing in facilitating the

qu’il ne le faut pour atteindre l’objectif justifié par les documents relatifs à l’article premier qui ont été présentés à la Cour suprême dans l’arrêt **Thomsen** [...] Une suspension des libertés civiles dans l’intérêt de la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies et comme moyen de dissuasion est nécessaire seulement dans le cas où l’alcooltest A.L.E.R.T. doit être pratiqué immédiatement et à l’endroit où est arrêtée la personne. Ce n’est pas ce que prévoit le par. 254(2).

Par conséquent, le juge Mitchell a conclu que [TRADUCTION] «un ordre donné en vertu du par. 254(2) ne peut être considéré comme une restriction valide, au sens de l’article premier de la **Charte**, des droits garantis à l’appelant en vertu de l’al. 10b)» Il a donc annulé l’ordonnance de nouveau procès et rétabli l’acquittement inscrit en Cour provinciale.

Analyse

Bien que la question en litige devant les tribunaux d’instance inférieure et le pourvoi devant notre Cour aient porté sur la question de savoir si notre arrêt *Thomsen*, précité, s’applique au par. 238(2) (la disposition antérieure a été modifiée par le Parlement par suite de l’arrêt *Thomsen*), je tiens tout d’abord à indiquer que je n’estime pas nécessaire de trancher cette question pour disposer du présent pourvoi. Je suis d’avis que le présent pourvoi doit être rejeté et l’acquittement rétabli; cette décision s’impose pour divers motifs.

(1) *La nature de l’ordre donné en vertu du par. 238(2)*

Dans l’arrêt *Thomsen*, notre Cour a statué que la disposition qui a précédé le par. 238(2) (voir l’ancien par. 234.1(1) reproduit ci-dessus) sous-entendait une restriction du droit à l’assistance d’un avocat. Cette conclusion était fondée sur le fait que la nature et l’objet pratiques de l’alcooltest A.L.E.R.T. (comme l’indique en partie l’utilisation des termes «sur-le-champ» et «roadside» dans la disposition) ne permettaient pas à la personne de communiquer avec un avocat avant d’obtempérer à un ordre donné en vertu du paragraphe. Notre Cour a aussi statué dans *Thomsen* que la restriction implicite des droits reconnus à l’al. 10b) par la disposition du *Code* était une restriction raisonnable prévue par une règle de droit au sens de l’article premier de la *Charte*. Dans l’arrêt *Thom-*

detection of impaired drivers and on the fact that the limitation of s. 10(b) rights was authorized in limited circumstances and only during a short period of detention (as the breath sample was to be given “forthwith”).

It was argued in the courts below that because the word “roadside” has been deleted from the provision and the terms “vessel” and “aircraft” have been added to the provision, the breath sample need no longer be taken immediately or “on the spot” and that, therefore, the *Charter* analysis in *Thomsen* does not extend to s. 238(2). On this basis, it was argued that s. 238(2) no longer implies a limitation on the right to counsel which is justified under s. 1 of the *Charter*. While I am inclined to agree with the reasoning of Matheson J. in the Supreme Court of Prince Edward Island that the key word in s. 238(2) is “forthwith” and that the reasons of this Court in *Thomsen* are therefore directly applicable to the amended provision, I am of the view that it is not necessary to engage in a *Charter* analysis of s. 238(2) in disposing of this case. Indeed, I do not believe it would be desirable to do so, as no constitutional question was stated which would have attracted the intervention of the Attorney General of Canada and the Attorneys General for the provinces on this issue.

The crucial point is that, unless the demand made by a police officer falls within the ambit of s. 238(2), the person to whom the demand is addressed is under no obligation to comply with the demand, and does not commit the offence under s. 238(5) if he refuses to do so. Nor is the provision available to authorize the absence of a s. 10(b) warning upon detention, and hence it cannot constitute a limitation on the s. 10(b) rights to counsel “prescribed by law” which would be capable of justification under s. 1. In other words, if the actions of the officer fell outside the purview of s. 238(2), those actions must be independently analyzed under s. 10(b) of the *Charter* without reference to the *Code* provision. The judgment of this Court in *Thom-*

sen, l’analyse en fonction de l’article premier a porté d’une part, sur le rôle important de l’alcooltest administré immédiatement lorsqu’il s’agit de faciliter la découverte des conducteurs aux facultés affaiblies et d’autre part, sur le fait que la restriction des droits garantis par l’al. 10b) était autorisée dans des circonstances limitées et seulement pendant une courte période de détention (puisque l’échantillon d’haleine devait être fourni «sur-le-champ»).

Devant les tribunaux d’instance inférieure, on a allégué que, puisqu’on avait supprimé le terme «roadside» de la disposition et ajouté les termes «bateau» et «aéronef», l’échantillon n’a plus besoin d’être prélevé immédiatement ou «sur place» et que, par conséquent, l’analyse en vertu de la *Charte* dans l’arrêt *Thomsen* ne s’applique pas au par. 238(2). On a donc prétendu que le par. 238(2) ne comporte plus de restriction implicite du droit à l’assistance d’un avocat qui soit justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. Bien que je sois enclin à souscrire au raisonnement du juge Matheson de la Cour suprême de l’Île-du-Prince-Édouard que «immédiatement» est le mot-clé du par. 238(2) et que les motifs de notre Cour dans l’arrêt *Thomsen* sont donc directement applicables à la disposition modifiée, je suis d’avis qu’il est inutile d’analyser le par. 238(2) en fonction de la *Charte* pour trancher le présent litige. En fait, je ne crois pas qu’il serait souhaitable de le faire puisqu’on n’a pas formulé en l’espèce de question constitutionnelle qui aurait amené l’intervention du procureur général du Canada et des procureurs généraux des provinces.

Le point crucial en l’espèce est qu’à moins que l’ordre donné par un policier soit conforme au par. 238(2), la personne à qui il est donné n’est pas tenue d’y obtempérer et elle ne commet pas l’infraction prévue au par. 238(5) si elle refuse. En outre, la disposition ne permet pas non plus de ne pas informer la personne détenue de ses droits en vertu de l’al. 10b) et elle ne peut donc constituer une restriction des droits à l’assistance d’un avocat prévue par «une règle de droit» qui pourrait se justifier en vertu de l’article premier. En d’autres termes, si les gestes du policier ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2), ces gestes doivent être analysés indépendamment en vertu de l’al. 10b) de la *Charte* sans ren-

sen could only have application if the police action had fallen within s. 238(2).

In my opinion, the actions of the officer in this case fell outside of the ambit of s. 238(2). The demand made was not the demand authorized by s. 238(2), that Mr. Grant provide a sample of his breath "forthwith." Instead, the demand made was a demand that he provide a breath sample when the required apparatus arrived, which turned out to be half an hour later. It follows that Mr. Grant was under no obligation to comply with the police officer's demand, and did not commit the offence under s. 238(5) when he failed to do so. The context of s. 238(2) indicates no basis for departing from the ordinary, dictionary meaning of the word "forthwith" which suggests that the breath sample is to be provided immediately. Without delving into an analysis of the exact number of minutes which may pass before the demand for a breath sample falls outside of the term "forthwith", I would simply observe that where, as here, the demand is made by a police officer who is without an A.L.E.R.T. unit and the unit does not, in fact, arrive for a half hour, the provisions of s. 238(2) will not be satisfied.

It follows that, as Mr. Grant did not commit the offence of failure to comply with a valid s. 238(2) demand, the issue of the exclusion of evidence of his failure to comply with the demand which was actually made does not arise. Section 24(2) of the *Charter* consequently does not come into play, as evidence of Mr. Grant's failure to comply with a demand that fell outside s. 238(2) is irrelevant to a prosecution for the 238(5) offence. In my view, this ground by itself dictates that the acquittal be restored.

The question remains, indeed, as to whether the right to counsel was infringed in the case at bar by the actions of the police officer, as this will be crucial in any application for relief under s. 24(1) of the *Charter* in this type of situation. Mr. Grant was initially pursued, stopped and subsequently questioned in the police vehicle on the basis of the officer's belief that he had been driving while disqualified.

voilà la disposition du *Code*. L'arrêt *Thomsen* ne peut être applicable que dans le cas où l'action de la police s'inscrit dans le contexte du par. 238(2).

À mon avis, les gestes du policier en l'espèce ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2). L'ordre donné n'était pas celui qui est autorisé par le par. 238(2), savoir que M. Grant fournisse «immédiatement» un échantillon d'haleine. Le policier lui a plutôt demandé de fournir un échantillon d'haleine lorsqu'il aurait reçu le dispositif en question, en l'occurrence une demi-heure plus tard. Il s'ensuit que M. Grant n'était pas tenu d'obtempérer à l'ordre du policier et qu'il n'a pas commis l'infraction prévue au par. 238(5) en ne le faisant pas. Rien dans le contexte du par. 238(2) ne permet d'attribuer au mot «immédiatement» un sens différent de celui que lui donne habituellement le dictionnaire, soit que l'échantillon d'haleine doit être fourni tout de suite. Sans analyser plus à fond le nombre exact de minutes qui peuvent s'écouler pour que l'on puisse considérer que l'échantillon d'haleine n'a pas été fourni «immédiatement», je ferais tout simplement observer que, dans le cas où, comme en l'espèce, le policier qui donne l'ordre n'a pas d'alcootest (A.L.E.R.T.) en sa possession et où le dispositif en question n'arrive qu'une demi-heure plus tard, l'ordre donné ne respecte pas les dispositions du par. 238(2).

Puisque M. Grant n'a pas commis l'infraction de défaut d'obtempérer à un ordre valide en vertu du par. 238(2), la question de l'exclusion de la preuve de son défaut d'obtempérer à cet ordre ne se pose pas. Par conséquent, le par. 24(2) de la *Charte* n'entre pas en ligne de compte, puisque la preuve que M. Grant a fait défaut d'obtempérer à un ordre non visé par le par. 238(2) n'est pas pertinente à l'égard d'une poursuite relativement à l'infraction prévue au par. 238(5). À mon avis, ce motif en soi justifie le rétablissement de l'acquittal.

Il reste cependant à déterminer si le droit à l'assistance d'un avocat a été violé en l'espèce par les gestes du policier, puisqu'il s'agit là d'un point crucial dans toute demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* dans ce genre de situation. M. Grant a initialement été poursuivi puis arrêté et interrogé dans la voiture de police parce que le policier croyait que M. Grant conduisait pendant qu'il lui

Shortly thereafter, the officer formed the suspicion that Mr. Grant had been operating a motor vehicle with alcohol in his body and therefore did not release him, but rather had him wait for an A.L.E.R.T. unit to arrive. In my opinion, both the initial detention in the police car (based on the suspicion of driving while disqualified) and the subsequent detention in the police car (based on the suspicion of driving under the influence of alcohol) satisfy the test set out by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, and *Thomsen, supra*, to establish a "detention" within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. This means that Mr. Grant had the constitutional right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right upon his initial detention. Here, the police officer did not inform Mr. Grant of his right to counsel at either stage of the detention. Mr. Grant was acquitted of the charge of driving while disqualified on other grounds, and therefore he has not challenged the lack of a s. 10(b) warning upon his initial detention. Nevertheless, this initial detention triggered Mr. Grant's s. 10(b) rights and the requirement for a *Charter* warning did not come to an end when the officer subsequently demanded a breath sample, ostensibly on the basis of s. 238(2). As I have concluded above, the subsequent period of detention in the police car while awaiting the arrival of the A.L.E.R.T. device was not authorized by s. 238(2).

It follows from all of this that, irrespective of the constitutional validity of s. 238(2) of the *Code*, Mr. Grant's s. 10(b) rights were infringed in the case at bar.

(2) *Issue Estoppel*

At trial Thompson C. Prov. Ct. J. entered an acquittal on the s. 242(4) (now s. 259(4)) charge on the basis that the Crown's evidence left him with a reasonable doubt as to whether Mr. Grant had in fact been the driver of the car at the time of the incident. He entered an acquittal on the s. 238(5) charge on the basis that the Crown had tendered no admissible evi-

était interdit de le faire. Peu après, le policier a soupçonné la présence d'alcool dans l'organisme de M. Grant et ne l'a pas libéré, mais l'a fait attendre l'arrivée de l'alcootest. À mon avis, la détention initiale (fondée sur le soupçon de conduite durant l'interdiction) et la détention subséquente dans la voiture de police (fondée sur le soupçon de conduite avec facultés affaiblies) satisfont au critère énoncé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, et dans l'arrêt *Thomsen*, précité, pour déterminer qu'il y a eu «détention» au sens de l'al. 10b) de la *Charte*. Cela signifie que M. Grant possédait en vertu de la Constitution le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit au moment de la détention initiale. En l'espèce, le policier n'a pas, à l'une ou l'autre des étapes de la détention, informé M. Grant qu'il avait droit à l'assistance d'un avocat. M. Grant a été acquitté de l'accusation de conduite durant l'interdiction pour d'autres motifs et il n'a donc pas soulevé l'absence d'avertissement en vertu de l'al. 10b) lors de sa détention initiale. Néanmoins, cette détention initiale a déclenché l'application des droits reconnus à M. Grant en vertu de l'al. 10b); la nécessité d'un avertissement en vertu de la *Charte* n'a pas pris fin au moment où le policier a demandé un échantillon d'haleine, en apparence sur le fondement du par. 238(2). Comme je l'ai déjà précisé, le par. 238(2) n'autorisait pas la période subséquente de détention de M. Grant dans la voiture de police en attendant l'arrivée de l'alcootest.

Par conséquent, quelle que soit la validité constitutionnelle du par. 238(2) du *Code*, les droits garantis à M. Grant en vertu de l'al. 10b) ont été violés en l'espèce.

(2) *La chose jugée comme fin de non-recevoir*

Au procès, le juge en chef Thompson a inscrit un acquittement relativement à l'accusation portée en vertu du par. 242(4) (maintenant le par. 259(4)) au motif que la preuve présentée par le ministère public laissait subsister chez lui un doute raisonnable quant à savoir si M. Grant était en fait le conducteur de la voiture au moment de l'incident. Il a aussi prononcé un acquittement relativement à l'accusation portée en vertu du par. 238(5) au motif que le ministère public

dence at all in respect of a necessary element of the offence.

In her judgment on the Crown's appeal against acquittal, Matheson J. stated the following grounds of appeal (at p. 159):

1. [Thompson C. Prov. Ct. J.] held that the respondent's right guaranteed by section 10(b) of the **Charter of Rights** had been violated;

2. he held that the appellant had failed to establish that such violation of the respondent's right was demonstrably justifiable in a free and democratic society;

3. he excluded the words of refusal because to receive them into evidence would result in the administration of justice being brought into disrepute; and

4. he dismissed the charge sworn to on the 5th day of January, 1988, alleging an offence contrary to section 238(5) and section 239(1) of the **Criminal Code of Canada**.

What is noteworthy about the Crown's appeal is that only the s. 238(5) acquittal was challenged. The natural implication of this is that the s. 242(4) acquittal remained unchallenged and was allowed to stand. The section 242(4) acquittal, however, was based upon the trial judge's reasonable doubt on the evidence that Mr. Grant was the driver of the vehicle when it was first spotted by the police officer.

In my view, it is obvious that a conviction under s. 238(5) would require an anterior finding of fact that the accused, and not some other person, was driving the vehicle in question at the time it was first spotted by the police officer. However, the acquittal on the s. 242(4) charge of operating a vehicle while disqualified amounts to a finding of fact on this very issue in favour of the accused. To allow the appeal on the s. 238(5) (failure to comply) charge while leaving the acquittal on the s. 242(4) (driving while disqualified) charge undisturbed would result in an impermissible co-existence of inconsistent verdicts in respect of charges arising out of the same transaction.

n'avait présenté aucune preuve admissible quant à un élément essentiel de l'infraction.

Dans son jugement relatif à l'appel contre l'acquittement interjeté par le ministère public, le juge Matheson a mentionné les moyens d'appel suivants (à la p. 159):

[TRADUCTION] 1. [Le juge en chef Thompson] a jugé qu'il y avait eu violation du droit garanti à l'intimé par l'alinéa 10b) de la **Charte des droits**;

2. il a statué que l'appelante n'a pas réussi à établir que cette violation du droit de l'intimé peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique;

3. il a écarté la preuve des mots employés pour refuser parce que l'utilisation de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice;

4. il a rejeté l'accusation portée le 5 janvier 1988 qui alléguait une infraction au par. 238(5) et au par. 239(1) du **Code criminel du Canada**.

Il est intéressant de noter que l'appel du ministère public ne portait que sur l'acquittement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 238(5). Il s'ensuit donc que l'acquittement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4) n'a pas été contesté et demeure. Toutefois, l'acquittement relatif au par. 242(4) était fondé sur le doute raisonnable chez le juge du procès quant à la preuve que M. Grant était le conducteur du véhicule au moment où il a été initialement remarqué par le policier.

À mon avis, il est évident qu'une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 238(5) exigerait d'abord une conclusion de fait que l'accusé, et non une autre personne, conduisait le véhicule en question au moment où il a été initialement remarqué par le policier. Toutefois, l'acquittement relatif à l'accusation de conduite d'un véhicule durant l'interdiction portée en vertu du par. 242(4) équivaut à une conclusion de fait favorable à l'accusé sur cette question précise. Si l'on accueillait le pourvoi relativement à l'accusation portée en vertu du par. 238(5) (défaut de fournir un échantillon) tout en maintenant l'acquittement relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4) (conduite durant l'interdiction), il y aurait coexistence inadmissible de deux verdicts incompatibles relativement à des accusations découlant d'un même acte.

Another way of putting the point would be to say that, having failed to appeal the s. 242(4) acquittal, the Crown was, and is, estopped from challenging the s. 238(5) acquittal; as a conviction on the latter charge could only be obtained by undermining a determination already made in favour of the accused on the former. It is a well-established principle in our criminal law that an acquittal is equivalent to a finding of innocence, and that "any issue, the resolution of which had to be in favour of the accused as a prerequisite to the acquittal, is irrevocably deemed to have been found conclusively in favour of the accused": *Grdic v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 810, at p. 825; see also *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213 (H.C.).

In the present case, the acquittal on the s. 242(4) charge must be taken as a conclusive finding in favour of Mr. Grant that he was not driving a motor vehicle at the time the vehicle was spotted by the police officer. This result, which the Crown did not see fit to challenge on appeal, clearly precludes a finding that Mr. Grant was in fact driving the vehicle for the purposes of the s. 238(5) charge. Not having appealed the first acquittal, the Crown was, and is, estopped from appealing the second.

Disposition

In light of my conclusions above, the order of the Court of Appeal setting aside the order for a new trial and restoring the acquittal entered at trial before Thompson C. Prov. Ct. J. is affirmed, albeit for different reasons.

The Crown's appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Darrell E. Coombs, Charlottetown.

Solicitors for the respondent: MacLeod, MacDougall, Crane & Parkman, Charlottetown.

On pourrait tout aussi bien dire, sur ce point, que le ministère public, ayant omis d'interjeter appel contre l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4), ne peut contester l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 238(5), puisqu'une déclaration de culpabilité à l'égard de cette dernière accusation exigerait la contestation d'une décision antérieure favorable à l'accusé relativement à la première accusation. C'est un principe bien établi de notre droit pénal qu'un acquittal équivaut à une déclaration d'innocence et que «toute question qui a nécessairement dû être résolue en faveur de l'accusé pour qu'il y ait acquittal est réputée de façon irrévocable avoir été tranchée définitivement en faveur de l'accusé»: *Grdic c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 810, à la p. 825; voir aussi *R. v. Carlson*, [1970] 3 O.R. 213 (H.C.).

En l'espèce, l'acquittal relatif à l'accusation portée en vertu du par. 242(4) doit être considéré comme une conclusion définitive en faveur de M. Grant, savoir qu'il ne conduisait pas le véhicule à moteur au moment où il a été remarqué par l'agent de police. Cet acquittal, que le ministère public n'a pas jugé bon de contester, empêche clairement la conclusion que M. Grant était le conducteur du véhicule aux fins de l'accusation portée en vertu du par. 238(5). Comme il n'a pas interjeté appel du premier acquittal, le ministère public ne peut interjeter appel du second.

Dispositif

Compte tenu des conclusions qui précèdent, l'ordonnance de la Cour d'appel annulant l'ordonnance de nouveau procès et rétablissant l'acquittal prononcé au procès par le juge en chef Thompson est confirmée, quoique pour des motifs différents.

Le pourvoi du ministère public est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Darrell E. Coombs, Charlottetown.

Procureurs de l'intimé: MacLeod, MacDougall, Crane & Parkman, Charlottetown.

The Wholesale Travel Group Inc. <i>Appellant</i>	The Wholesale Travel Group Inc. <i>Appelante</i>
v.	c.
Her Majesty The Queen <i>Respondent</i>	^a Sa Majesté la Reine <i>Intimée</i>
and	et
The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, Ellis-Don Limited and Rocco Morra <i>Intervenors</i>	^b Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, Ellis-Don Limited et Rocco Morra <i>Intervenants</i>
and between	^d et entre
Her Majesty The Queen <i>Appellant</i>	Sa Majesté la Reine <i>Appelante</i>
v.	^e c.
The Wholesale Travel Group Inc. <i>Respondent</i>	The Wholesale Travel Group Inc. <i>Intimée</i>
and	^f et
The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, Ellis-Don Limited and Rocco Morra <i>Intervenors</i>	^g Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, Ellis-Don Limited et Rocco Morra <i>Intervenants</i>
INDEXED AS: R. v. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC.	RÉPERTORIÉ : R. c. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC.
File Nos.: 21779, 21786.	Nos du greffe: 21779, 21786.
1991: February 18; 1991: October 24.	ⁱ 1991: 18 février; 1991: 24 octobre.
Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.	Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.
ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO	^j EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Regulatory provisions — Strict liability — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Conviction possible without fault on part of regulated party — Imprisonment possible penalty on breach of provisions — Whether ss. 36(1)(a) and 37.3(2) of Competition Act infringe s. 7 of Charter — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provisions — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Statutory defences comprising defence of due diligence coupled with timely retraction — Statutory defences to be established by accused on balance of probabilities — Whether reverse onus infringes s. 11(d) of Charter — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Corporations — Standing — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Whether corporation has standing to challenge validly of federal legislation under ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether a corporation entitled to benefit from a finding that federal legislation unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

Wholesale Travel Group Inc. (a travel agency) was charged with false or misleading advertising, contrary to s. 36(1)(a) of the *Competition Act*. The advertisements referred to vacations at "wholesale prices" but the advertised "wholesale price" was not the price at which Wholesale Travel acquired its vacation packages. The Crown elected to proceed by way of summary conviction and the accused pleaded not guilty. At the outset of the trial, the accused brought a motion for a declaration that ss. 36(1)(a) and 37.3(2) of the *Competition Act* were inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were, therefore, of

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Dispositions de nature réglementaire — Responsabilité stricte — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — Déclaration de culpabilité possible en l'absence de faute de la partie assujettie à la réglementation — L'inobservation des dispositions peut entraîner une peine d'emprisonnement — Les articles 36(1)a) et 37.3(2) de la Loi sur la concurrence violent-ils l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Dispositions portant inversion de la charge de la preuve — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — Moyens de défense prévus par la loi comprenant la défense de diligence raisonnable assortie d'une rétractation obligatoire — Moyens de défense prévus par la loi devant être établis par l'accusé selon la prépondérance des probabilités — L'inversion de la charge de la preuve viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Personnes morales — Qualité pour agir — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — La personne morale a-t-elle qualité pour contester la validité de la loi fédérale en vertu des art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, la personne morale peut-elle bénéficier de la conclusion selon laquelle la loi fédérale est inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), 37.3(2).

Wholesale Travel Group Inc. (une agence de voyages) a été accusée de publicité fautive ou trompeuse, infraction prévue à l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*. La publicité en cause parlait de «prix de gros», mais les prix offerts pour les forfaits voyages de Wholesale Travel n'étaient pas des «prix de gros». Le ministère public a choisi la procédure sommaire et les accusés ont plaidé non coupables. Au début du procès, les accusés ont présenté une requête en jugement déclaratoire portant que l'al. 36(1)a) et le par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* étaient incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*

no force or effect. Section 36(1)(a) created the offence and s. 37.3(2) set forth a statutory defence. This defence, which was to be established by the accused (s. 37.3(2)), included essentially the common law defence of due diligence (s. 37.3(2)(a) and (b)) coupled with the requirement of a timely retraction (s. 37.3(2)(c) and (d)).

The trial judge held that ss. 36(1)(a) and 37.3(2) were inconsistent with ss. 7 and 11(d) and could not be upheld under s. 1 of the *Charter* and dismissed the charges. The Supreme Court of Ontario, on appeal, found impugned provisions constitutional and remitted the case to the Provincial Court. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal in part. The majority held that s. 37.3(2)(c) and (d) of the *Competition Act* were severable from the rest of s. 37.3(2) and declared them to be of no force or effect. The majority further held that the words "he establishes that" in s. 37.3(2) were severable and declared them to be of no force or effect. Both Wholesale Travel and the Crown appealed.

The constitutional questions stated here queried: (1) whether s. 37.3(2) of the *Competition Act* in whole or in part violated ss. 7 or 11(d) of the *Charter*; (2) whether s. 36(1)(a), in and of itself or when read in combination with s. 37.3(2), violated ss. 7 or 11(d) of the *Charter*; and (3) if either were answered in the affirmative, whether the impugned provision was saved by s. 1 of the *Charter*? An issue not encompassed by the constitutional questions was whether a corporation had "standing" to challenge the constitutionality of these statutory provisions under the *Charter* and, if so, was a corporation entitled to benefit from a finding that the provisions violated a human being's constitutional rights.

Held: The appeal by Wholesale should be dismissed.

Held (Lamer C.J., La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in the result): The Crown's appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

1. It is not an infringement of s. 7 of the *Charter* to create an offence for which the *mens rea* component is negligence, so that a due diligence defence (s. 37.3(2)(a) and (b)) is available. Unanimous.

et, par conséquent, inopérants. L'alinéa 36(1)a crée l'infraction et le par. 37.3(2) prévoit une défense. Cette défense, que l'accusé doit établir (par. 37.3(2)), se compose essentiellement de la défense de diligence raisonnable en common law (al. 37.3(2)a et b)) conjuguée à l'exigence d'une rétractation sans délai (al. 37.3(2)c et d)).

Le juge du procès a décidé que l'al. 36(1)a et le par. 37.3(2) étaient incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) et ne pouvaient pas être maintenus sous le régime de l'article premier de la *Charte*, et il a rejeté les accusations. En appel, la Cour suprême de l'Ontario a conclu que les dispositions attaquées étaient constitutionnelles et a renvoyé l'affaire devant la Cour provinciale. La Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à l'appel en partie. La majorité a décidé que les al. c) et d) pouvaient être retranchés du par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* et les a déclarés inopérants. La majorité a en outre conclu que les mots «elle prouve que» du par. 37.3(2) pouvaient être retranchés et elle a déclaré qu'ils étaient inopérants. Wholesale Travel et le ministère public ont tous deux interjeté appel.

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées: (1) Le paragraphe 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* ou une partie de ce paragraphe, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*? (2) L'alinéa 36(1)a, pris isolément ou avec le par. 37.3(2), porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*? (3) Si l'une ou l'autre des questions reçoit une réponse affirmative, peut-on justifier la disposition contestée en vertu de l'article premier de la *Charte*? Se posait également une question qui n'était pas visée par les questions constitutionnelles: Une personne morale a-t-elle «qualité» pour contester la constitutionnalité de ces dispositions législatives en se fondant sur la *Charte* et, le cas échéant, peut-elle bénéficier de la conclusion selon laquelle les dispositions portent atteinte aux droits constitutionnels d'une personne physique?

Arrêt: Le pourvoi de Wholesale est rejeté.

Arrêt (Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents quant au résultat): Le pourvoi du ministère public est accueilli.

Les questions soulevées dans les pourvois reçoivent les réponses suivantes:

1. La création d'une infraction pour laquelle l'élément de *mens rea* est la négligence, qui est donc assortie d'une défense de diligence raisonnable (al. 37.3(2)a et b)), ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Unanime.

2. The timely retraction provisions (s. 37.3(2)(c) and (d)) infringe s. 7, are not justified under s. 1, and are accordingly unconstitutional. Unanimous.

3. (a) On a majority reasoning by Lamer C.J. (and La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.), the reverse onus provision ("he establishes that" in s. 37.3(2)) infringes s. 11(d) of the *Charter*; L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting on this issue) would find no infringement, and would in any event, have found an infringement justified under s. 1.

(b) *Per* Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: The provision is justified under s. 1 of the *Charter*.

(c) *Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting on this issue): The provision is not justified under s. 1 of the *Charter*.

(d) *Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Stevenson and Iacobucci JJ. (Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in the result): The reverse onus provision is constitutional.

4. The matter is therefore remitted to trial on the bases that:

- (a) a negligence *mens rea* regulatory offence is constitutional;
- (b) the timely retraction provisions are unconstitutional; and
- (c) the reverse onus provision is constitutional.

I. Standing

Per Lamer C.J. and La Forest and Sopinka JJ.: Wholesale Travel has standing to challenge the constitutionality of the false/misleading advertising provisions under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and may benefit the finding that these provisions are unconstitutional. However, this is not to say that if the same provisions were enacted so as to apply exclusively to corporations, a corporation would be entitled to raise the *Charter* arguments which have been raised in the case at bar. Sections 36(1) and 37.3(2) of the *Competition Act* encompass both individual and corporate accused. If the

2. Les dispositions concernant la rétractation sans délai (al. 37.3(2)c) et d)) contreviennent à l'art. 7, ne sont pas justifiées en vertu de l'article premier et sont donc inconstitutionnelles. Unanime.

3. a) Selon une opinion majoritaire du juge en chef Lamer (avec l'appui des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci), la disposition portant inversion de la charge de la preuve («elle prouve que», au par. 37.3(2)) contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*; les juges L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents sur ce point) concluent qu'elle n'y porte pas atteinte et que, de toute façon, une atteinte aurait été justifiée en vertu de l'article premier.

b) *Les* juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci: La disposition est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

c) *Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissidents sur ce point): La disposition n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

d) *Les* juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Stevenson et Iacobucci (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents quant au résultat): La disposition portant inversion de la charge de la preuve est constitutionnelle.

4. L'affaire est donc renvoyée à procès compte tenu des principes suivants:

- a) Une infraction réglementaire dont la *mens rea* est la négligence est constitutionnelle;
- b) Les dispositions relatives à la rétractation sans délai sont inconstitutionnelles;
- c) La disposition portant inversion de la charge de la preuve est constitutionnelle.

I. Qualité pour agir

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest et Sopinka: Wholesale Travel a qualité pour contester la constitutionnalité des dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* et peut bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité de ces dispositions. Toutefois, cela ne signifie pas que si ces mêmes dispositions visaient uniquement les personnes morales, une personne morale aurait le droit de faire valoir les arguments fondés sur la *Charte* qui ont été avancés en l'espèce. Les paragraphes 36(1) et 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*

provisions violate an individual's *Charter* rights they must be struck down (to the extent of the inconsistency) and cannot apply to any accused, whether corporate or individual. If the provisions in question applied only to corporations, the *Charter* analysis would be very different.

Per Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: The conclusions of Lamer C.J. on standing were agreed with.

Per McLachlin J.: It was not necessary to consider the application of the *Charter* to a provision dealing with corporations only.

II. Sections 7 and 11(d) of the *Charter*

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: Section 37.3(2)(c) and (d) infringes s. 7 of the *Charter* and the words "he establishes that" in s. 37.3(2) infringe the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*.

The offence of false/misleading advertising is punishable by imprisonment. The offence therefore must not be one of absolute liability and must command at least a fault requirement of negligence, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused.

While there are some offences for which the special stigma attaching to conviction is such that subjective *mens rea* is necessary in order to establish the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence, the offence of false/misleading advertising is not such an offence.

The issue here centred on the fault requirement constitutionally required where an accused faces possible imprisonment. An element of subjective *mens rea* is not always required by s. 7 of the *Charter*. Whether a fault requirement higher than this constitutional minimum of negligence ought to be adopted where an accused faces possible imprisonment or conviction of any offence under the *Criminal Code* is a question of public policy which must be determined by Parliament.

The inclusion of the word "and" after s. 37.3(2)(c) clearly indicates that all four components of s. 37.3(2) must be established for the accused to be acquitted. If a situation could arise where an accused would be unable to establish all four components of s. 37.3(2) but had

visent à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Si les dispositions portent atteinte aux droits d'une personne physique garantis par la *Charte*, elles doivent être invalidées (dans la mesure de l'incompatibilité) et ne peuvent s'appliquer à aucun inculpé, personne morale ou physique. Si elles ne visaient que les personnes morales, l'analyse fondée sur la *Charte* serait très différente.

Les juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci: Les juges souscrivent aux conclusions du juge en chef Lamer concernant la qualité pour agir.

Le juge McLachlin: Il n'était pas nécessaire de considérer l'application de la *Charte* à une disposition visant uniquement des personnes morales.

II. L'article 7 et l'al. 11d) de la *Charte*

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Les alinéas 37.3(2)c) et d) violent l'art. 7 de la *Charte* et les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) contreviennent à la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte*.

L'infraction de publicité fausse ou trompeuse est assortie d'une peine d'emprisonnement. Elle ne doit donc pas être une infraction de responsabilité absolue et elle commande à tout le moins une faute de négligence, c'est-à-dire que l'accusé doit au moins pouvoir invoquer la diligence raisonnable.

Il y a certaines infractions pour lesquelles les stigmates particuliers liés à la déclaration de culpabilité sont de telle nature qu'il faut une *mens rea* subjective pour établir la réprobation morale qui justifie les stigmates et la peine, mais l'infraction de publicité fausse ou trompeuse ne peut pas être classée dans cette catégorie.

La question en l'espèce se rapporte à l'exigence en matière de faute qui est requise sur le plan constitutionnel lorsque l'accusé risque l'emprisonnement. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas toujours un élément de *mens rea* subjective. La question de savoir si une norme de faute plus sévère que l'élément minimum de négligence requis par la Constitution devrait être retenue dans les cas où l'accusé risque l'emprisonnement ou une déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction prévue au *Code criminel* est une question d'ordre public qu'il appartient au Parlement de trancher.

L'insertion du mot «et» après l'al. 37.3(2)c) indique clairement que, pour obtenir l'acquiescement, l'accusé doit établir les quatre éléments du par. 37.3(2). S'il peut arriver qu'un accusé soit incapable d'établir les quatre éléments du par. 37.3(2) bien qu'il ait tout de même fait

nonetheless been duly diligent (i.e., not negligent), the constitutionally required element of negligence is not fulfilled by the statutory defence contained in s. 37.3(2).

The additional requirement of “timely retraction” in paras. (c) and (d) means that the statutory defence is considerably more narrow than the common law defence of due diligence and could result in the conviction of an accused who was not negligent. The consequence of paras. (c) and (d) is to remove the constitutionally required fault level in the false/misleading advertising provisions and s. 7 of the *Charter* is therefore offended.

Whether this offence (or the Act generally) is better characterized as “criminal” or “regulatory” is not the issue. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. It is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the principles of fundamental justice. These principles do not take on a different meaning simply because the offence can be labelled as “regulatory”. A regulatory context may well influence the *Charter* analysis in particular cases but negligence nevertheless is the minimum level of fault which will accord with s. 7 of the *Charter* whenever a conviction gives rise to imprisonment.

The presumption of innocence is protected expressly by s. 11(d) and inferentially by s. 7 because this presumption is a principle of fundamental justice. Section 11(d) requires, where a person faces penal consequences, that the individual be proven guilty beyond a reasonable doubt, the state bear the burden of proof, and that the prosecution be carried out lawfully. Section 11(d) is offended if an accused may be convicted notwithstanding a reasonable doubt on an essential element of the offence. The real concern, therefore, is not that the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists.

The words “he establishes that” in s. 37.3(2) require the accused to prove the two elements set out on a balance of probabilities and failure to so prove either element will result in conviction. The absence of due dili-

preuve de diligence raisonnable (c'est-à-dire qu'il n'ait pas été négligent), le moyen de défense énoncé au par. 37.3(2) ne répond pas à l'élément relatif à la négligence requis sur le plan constitutionnel.

L'élément supplémentaire de la «rétractation sans délai» aux al. c) et d), signifie que la défense prévue par la loi est beaucoup plus restreinte que la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law et pourrait avoir pour effet la déclaration de culpabilité d'un accusé qui n'a pas été négligent. Les alinéas c) et d) ont pour effet d'écarter l'exigence constitutionnelle en matière de faute des dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse et contreviennent donc à l'art. 7 de la *Charte*.

La question n'est pas de savoir si cette infraction (ou la Loi en général) doit être qualifiée de «pénale» ou de «réglementaire». La personne privée de sa liberté par l'emprisonnement n'est pas privée de moins de liberté parce qu'elle a été punie en raison de la perpétration d'une infraction réglementaire et non d'un crime. C'est le fait que l'État a infligé une peine privative de liberté, en l'occurrence l'emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. Ces principes ne doivent pas être interprétés différemment du simple fait que l'infraction peut être qualifiée de «réglementaire». Le contexte réglementaire peut bien influencer l'analyse fondée sur la *Charte* dans certains cas mais la négligence est le degré minimum de faute qui est conforme à l'art. 7 de la *Charte* dans tous les cas où une déclaration de culpabilité peut entraîner l'emprisonnement.

La présomption d'innocence est expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte* et, par déduction, par l'art. 7 puisqu'il s'agit d'un principe de justice fondamentale. L'alinéa 11d) exige, lorsqu'une personne est exposée à des conséquences pénales, que la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve et que les poursuites criminelles se déroulent d'une manière conforme à la loi. L'alinéa 11d) est violé quand un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction. La préoccupation véritable n'est donc pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais plutôt qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable.

Les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) imposent à l'accusé la charge de prouver ces deux éléments selon la prépondérance des probabilités et s'il ne prouve pas l'un de ces éléments, il sera déclaré coupable. Le défaut

gence is necessary for conviction and yet an accused could be convicted under s. 37.3(2) notwithstanding a reasonable doubt as to whether or not the accused was duly diligent. The impugned words therefore infringe s. 11(d).

Since constitutional difficulties arise only from the operation of s. 37.3(2)(c) and (d) and from the words "he establishes that" in s. 37.3(2), s. 36(1)(a) raises no constitutional problem either by itself or in combination with the remainder of s. 37.3(2).

Per La Forest J.: Substantial agreement was expressed for the reasons of Lamer C.J. Nevertheless, there is a broad divide between true criminal law and regulatory offences. The possible imposition of a term of imprisonment necessitates much stricter requirements to conform with the principles of fundamental justice than mere monetary penalties. In the regulatory context here, a requirement that a reasonable doubt be raised by the accused that he or she exercised due diligence meets the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. A requirement that the accused prove such diligence on the balance of probabilities goes too far. The same holds true under s. 1 if the issue is approached in terms of s. 11(d).

The requirement of due diligence is sufficient for *Charter* purposes for regulatory offences and some criminal offences having a significant regulatory base. However, a lower level of *mens rea* than criminal negligence should not be accepted for most criminal cases.

Per McLachlin J.: The modified due diligence defence embodied in s. 37.3(2)(c) and (d) permits conviction in the absence of even the minimum fault of negligence and so infringes s. 7 of the *Charter*. The requirement of s. 37.3(2) that the accused establish due diligence on a balance of probabilities, through the inclusion of the phrase "he establishes that", permits conviction despite a reasonable doubt as to an essential element of the offence. Combined with the sanction of imprisonment, the application of this onus violates s. 11(d) of the *Charter*. When the offending provision in s. 37.3(2)(c) and (d) is removed, along with the phrase "he establishes that" in s. 37.3(2), the remaining provision at issue, s. 36(1)(a), does not infringe the *Charter*.

de diligence raisonnable est nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable et pourtant, en vertu du par. 37.3(2), l'accusé pourrait être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à savoir s'il a fait preuve de diligence raisonnable. Ces mots contreviennent donc à l'al. 11d).

Comme les difficultés constitutionnelles ne se posent qu'au regard de l'application des al. 37.3(2)c) et d) et des mots «elle prouve que» au par. 37.3(2), l'al. 36(1)a), pris isolément ou avec le reste du par. 37.3(2), ne pose aucun problème constitutionnel.

Le juge La Forest: Le juge La Forest est largement d'accord avec les motifs rédigés par le juge en chef Lamer. Il existe cependant une différence assez marquée entre le droit criminel proprement dit et les infractions réglementaires. La possibilité d'une peine d'emprisonnement nécessite, pour que l'on se conforme aux principes de justice fondamentale, des exigences beaucoup plus strictes que dans le cas de simples peines pécuniaires. Dans le contexte réglementaire en cause, l'obligation pour l'accusé de soulever un doute raisonnable selon lequel il a agi avec une diligence raisonnable satisfait aux exigences de la justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, mais l'obligation pour l'accusé de prouver cette diligence suivant la prépondérance des probabilités va trop loin. Il en est de même en vertu de l'article premier de la *Charte* si on aborde la question sous l'angle de l'al. 11d).

L'exigence de la diligence raisonnable est suffisante aux fins de la *Charte* dans le cas des infractions réglementaires et de certaines infractions criminelles qui reposent de façon importante sur des aspects réglementaires. Toutefois, il ne faut pas accepter un degré de *mens rea* inférieur à la négligence criminelle pour la plupart des infractions criminelles.

Le juge McLachlin: La défense modifiée de diligence inscrite aux al. 37.3(2)c) et d) permet de déclarer une personne coupable même sans le degré minimal de faute de la négligence et contrevient donc à l'art. 7 de la *Charte*. L'exigence prévue au par. 37.3(2), par les mots «elle prouve que», imposant à l'accusé de prouver la diligence selon la prépondérance des probabilités permet de déclarer une personne coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément important de l'infraction. Combinée à une peine d'emprisonnement, l'attribution de cette charge de preuve à l'accusé viole l'al. 11d) de la *Charte*. Lorsque les dispositions en cause aux al. 37.3(2)c) et d) et les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) sont supprimés, la disposition restant en litige, l'al. 36(1)a), ne viole pas la *Charte*.

Per L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: Strict liability offences, as exemplified in this case by the combination of s. 36(1)(a) and s. 37.3(2)(a) and (b) of the *Competition Act*, do not infringe either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. Neither the absence of a *mens rea* requirement nor the imposition of an onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities offends the *Charter* rights of those accused of regulatory offences.

The common law has long acknowledged a distinction between truly criminal conduct and conduct, otherwise lawful, which is prohibited in the public interest. Regulatory offences and crimes embody different concepts of fault. The *mens rea* requirement is not required in regulatory offences. Since regulatory offences are directed primarily not to conduct itself but to the consequences of conduct, conviction of a regulatory offence imports a significantly lesser degree of culpability than conviction of a true crime. The concept of fault in regulatory offences is based upon a reasonable care standard and, as such, does not imply moral blameworthiness in the same manner as criminal fault. Conviction for breach of a regulatory offence suggests nothing more than failure to meet a prescribed standard of care.

The *Competition Act* is regulatory in character. Here, the offence did not focus on dishonesty but rather on the harmful consequences of otherwise lawful conduct. Conviction would only suggest that the defendant has made a representation to the public which was in fact misleading and that the defendant was unable to establish the exercise of due diligence in preventing the error. This connotes a fault element of negligence rather than one involving moral turpitude.

The *Charter* is to be interpreted in light of the context in which the claim arises. The rights asserted by the appellant must be considered in light of the regulatory context, acknowledging that a *Charter* right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one. Under this contextual approach, constitutional standards developed in the criminal context cannot be applied automatically to regulatory offences. Rather, the content of the *Charter* right must be determined only after an examination of all relevant factors and in light of the essential differences between the two classes of prohibited activity. The appellant's claim must also be considered and weighed

Les juges L'Heureux-Dubé et Cory: Les infractions de responsabilité stricte, dont l'effet combiné des al. 36(1)a) et 37.3(2)a) et b) de la *Loi sur la concurrence* constitue un exemple en l'espèce, ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Ni l'absence de l'exigence de la *mens rea* ni l'imposition à l'accusé de la charge de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été diligent ne contreviennent aux droits garantis par la *Charte* aux personnes accusées d'infractions réglementaires.

La common law fait depuis longtemps une distinction entre la conduite criminelle proprement dite et la conduite qui, bien que licite par ailleurs, est interdite dans l'intérêt du public. Les infractions réglementaires et les crimes expriment deux concepts de faute différents. L'exigence de la *mens rea* n'existe pas dans les infractions réglementaires. Étant donné que les infractions réglementaires ne visent pas principalement la conduite elle-même mais plutôt ses conséquences, la déclaration de culpabilité relative à une infraction réglementaire comporte un degré de culpabilité considérablement moins important qu'une déclaration de culpabilité relative à un crime proprement dit. Le concept de faute en matière d'infractions réglementaires repose sur une norme de diligence raisonnable et, comme tel, ne suppose pas la même réprobation morale que la faute criminelle. La déclaration de culpabilité pour une infraction réglementaire n'indique rien de plus que l'inobservation de la norme de diligence prescrite.

La *Loi sur la concurrence* est de nature réglementaire. En l'espèce, l'infraction ne repose pas sur la malhonnêteté, mais plutôt sur les conséquences préjudiciables d'une conduite par ailleurs légale. La déclaration de culpabilité du défendeur indiquerait simplement qu'il a donné au public des indications qui étaient en fait trompeuses et qu'il a été incapable de prouver qu'il avait fait preuve de diligence pour prévenir l'erreur. Cela dénote la négligence plutôt que la turpitude morale.

La *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Il faut examiner les droits revendiqués par l'appelante en tenant compte du cadre réglementaire, tout en reconnaissant qu'un droit garanti par la *Charte* peut avoir, dans un cadre réglementaire, une portée et une incidence différentes que dans un contexte criminel proprement dit. Suivant cette méthode contextuelle, les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires. La portée du droit garanti par la *Charte* doit être déterminée seulement au moyen d'un examen de tous les éléments pertinents, et en fonction des diffé-

in light of the realities of a modern industrial society, where the regulation of innumerable activities is essential for the benefit of all. It is vital that the fundamentally important role of regulatory legislation in the protection of individuals and groups in Canadian society today be recognized and accepted.

The distinction between criminal and regulatory offences and their differential treatment for *Charter* purposes is in some ways explained by a "licensing argument" and by the vulnerability of those being protected by the regulatory measures. The regulated person chose to enter the regulated field and accordingly can be taken to have known of, in most cases, and to have accepted certain terms and conditions of entry. The nature of the conduct will largely determine if the licensing argument should apply. The procedural and substantive protections a person can reasonably expect may vary depending upon the activity that brings that person into contact with the state. The extent of *Charter* protection may differ depending upon whether the activity in question is regulatory or criminal in nature. Vulnerability is also a component in the contextual approach to *Charter* interpretation and should be considered whenever regulatory legislation is subject to *Charter* challenge.

The principles of fundamental justice referred to in s. 7 of the *Charter* prohibit the imposition of penal liability and punishment without proof of fault. The level of fault constitutionally required for every type of offence, however, has not been determined and will vary with the nature of the offence and the penalties available upon conviction. It has only been established that where imprisonment is available as a penalty, absolute liability cannot be imposed since it removes the fault element entirely and, in so doing, permits the punishment of the morally innocent.

Section 7 requires proof of *mens rea* in connection with true crimes. With respect to regulatory offences, however, proof of negligence satisfies the s. 7 fault requirement. Although the element of fault may not be removed completely, the demands of s. 7 will be met in the regulatory context where liability is imposed for

rences essentielles entre les deux catégories d'activités prohibées. La demande de l'appelante doit aussi être examinée et appréciée en fonction des réalités d'une société industrielle moderne où la réglementation d'innombrables activités est essentielle pour assurer le bien-être de tous. Il est crucial de reconnaître et d'accepter le rôle fondamentalement important des lois de nature réglementaire dans la protection des particuliers et des groupes dans la société canadienne moderne.

La distinction faite entre les infractions criminelles et les infractions réglementaires et leur traitement différent aux fins de la *Charte* s'expliquent d'une certaine façon par un argument fondé sur l'acceptation des conditions et par la vulnérabilité des personnes protégées par la réglementation. La personne assujettie à la réglementation a choisi de s'engager dans le domaine réglementé et on peut donc dire qu'elle connaissait, dans la plupart des cas, et qu'elle a accepté certaines conditions d'entrée. La nature de la conduite déterminera dans une large mesure si l'argument fondé sur l'acceptation des conditions devrait s'appliquer. La protection quant à la procédure et quant au fond à laquelle le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. La protection offerte par la *Charte* peut varier selon que l'activité en cause est de nature réglementaire ou criminelle. La vulnérabilité est également un élément de la méthode contextuelle d'interprétation de la *Charte* et elle devrait être prise en considération chaque fois qu'une loi réglementaire fait l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*.

Les principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7 de la *Charte* interdisent d'imputer une responsabilité pénale et d'infliger une peine en l'absence de la preuve d'une faute. Le degré de faute requis par la Constitution pour chaque catégorie d'infraction n'a toutefois pas été déterminé et il variera suivant la nature de l'infraction et les peines pouvant être infligées en cas de déclaration de culpabilité. On a seulement établi que lorsqu'une peine d'emprisonnement est prévue, on ne peut imputer de responsabilité absolue car celle-ci fait totalement disparaître l'élément de faute et, de ce fait, permet de punir celui qui est moralement innocent.

L'article 7 exige la preuve de la *mens rea* à l'égard des crimes proprement dits. Cependant, en ce qui concerne les infractions réglementaires, la preuve de la négligence satisfait à l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7. Bien qu'il soit impossible d'écarter complètement l'élément de faute, les exigences de l'art. 7 sont remplies dans le contexte réglementaire lorsque la responsabilité est imputée relativement à une

conduct which breaches the standard of reasonable care required of those operating in the regulated field.

Mens rea and negligence are both fault elements which provide a basis for the imposition of liability. *Mens rea* focuses on the mental state of the accused and requires proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Negligence, on the other hand, measures the conduct of the accused on the basis of an objective standard, irrespective of the accused's subjective mental state. Where negligence is the basis of liability, the question is not what the accused intended but rather whether the accused exercised reasonable care. The application of the contextual approach suggests that negligence is an acceptable basis of liability in the regulatory context which fully meets the fault requirement in s. 7 of the *Charter*. To place regulatory offences in a separate category from criminal offences, with a lower fault standard, does not violate the principles of fundamental justice under s. 7 by allowing the defendant to go to jail without having had the protection of proof of *mens rea* by the Crown which is available in criminal prosecutions.

Governments must have the ability to enforce a standard of reasonable care in activities affecting public welfare. The laudable objectives served by regulatory legislation should not be thwarted by the application of principles developed in another context. The tremendous importance of regulatory legislation in modern Canadian industrial society requires that courts be wary of interfering unduly with the regulatory role of government through the application of inflexible standards.

The government cannot adequately monitor every industry so as to be able to prove actual intent or *mens rea* in each case. It can, as a practical matter, do no more than to demonstrate that it has set reasonable standards to be met by persons in the regulated sphere, and to prove beyond a reasonable doubt that there has been a breach of those standards by the regulated defendant. The regulated person is taken to be aware of and to have accepted the imposition of a certain objective standard of conduct as a pre-condition engaging the regulated activity. It misses the mark to speak in terms of the "unfairness" of an attenuated fault requirement because

conduite qui viole la norme de diligence raisonnable requise des personnes qui exercent des activités dans le domaine réglementé.

a La *mens rea* et la négligence sont deux éléments de faute qui servent à imputer la responsabilité. La *mens rea* concerne l'état d'esprit de l'accusé et exige la preuve d'un état d'esprit positif tels l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Par contre, la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif. Lorsque la responsabilité est fondée sur la négligence, il ne faut pas se demander quelle était l'intention de l'accusé, mais plutôt s'il a fait preuve de diligence raisonnable. L'application de la méthode contextuelle donne à penser que la négligence constitue un critère acceptable de responsabilité dans le contexte réglementaire et respecte pleinement l'exigence de l'art. 7 de la *Charte* quant à la faute. Classifier les infractions réglementaires dans une catégorie distincte des infractions criminelles avec un degré de faute moindre ne viole pas les principes de justice fondamentale prévus à l'art. 7 en permettant que le défendeur soit emprisonné sans qu'il ait pu bénéficier de la protection de la preuve de la *mens rea* par le ministère public offerte dans les poursuites pénales.

Les gouvernements doivent avoir la capacité de faire appliquer une norme de diligence raisonnable dans les activités qui ont une incidence sur le bien-être public. Les objectifs louables auxquels servent les lois de nature réglementaire ne devraient pas être contrecarrés par l'application de principes élaborés dans un autre contexte. L'importance énorme des lois de nature réglementaire dans la société industrielle moderne du Canada exige que les tribunaux se montrent prudents afin de ne pas intervenir indûment dans le rôle de réglementation du gouvernement en appliquant des normes inflexibles.

Il est impossible pour le gouvernement de surveiller chaque industrie afin de pouvoir prouver l'intention réelle ou la *mens rea* dans chaque cas. Il ne peut d'un point de vue pratique faire plus que démontrer qu'il a fixé des normes raisonnables qui doivent être respectées dans le domaine réglementé, et prouver hors de tout doute raisonnable que le défendeur assujéti à la réglementation a violé ces normes. La personne assujéti à la réglementation est censée savoir et avoir accepté que l'une des conditions préalables à l'autorisation d'exercer l'activité réglementée est le respect d'une certaine norme objective de conduite. On se trompe lorsqu'on parle de «l'iniquité» qui découle d'une exigence moindre en matière de faute parce que la personne assujéti

the standard of reasonable care has been accepted by the regulated actor upon entering the regulated sphere.

Strict liability offences accordingly do not violate s. 7 of the *Charter*. The requirements of s. 7 are met in the regulatory context by the imposition of liability based on a negligence standard.

The imposition of a reverse persuasive onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities does not run counter to the presumption of innocence, notwithstanding the fact that the same reversal of onus would violate s. 11(d) in the criminal context. The section 11(d) standard which has been developed and applied in the criminal context should not be applied to regulatory offences. The importance of regulatory legislation and its enforcement strongly supports the use of a contextual approach in the interpretation of the s. 11(d) right as applied to regulatory offences. Quite simply, the enforcement of regulatory offences would be rendered virtually impossible if the Crown were required to prove negligence beyond a reasonable doubt. The means of proof of reasonable care will be peculiarly within the knowledge and ability of the regulated accused. Only the accused will be in a position to bring forward evidence relevant to the question of due diligence. There is a practical difference between requiring the accused to prove due diligence on a balance of probabilities and requiring only that the accused raise a reasonable doubt as to the exercise of due diligence. The presumption of innocence for a regulated accused is not meaningless because the Crown must still prove the *actus reus*. Fault is presumed from the bringing about of the proscribed result and the onus shifts to the defendant to establish reasonable care on a balance of probabilities.

The availability of imprisonment does not alter the conclusion that strict liability does not violate either ss. 7 or 11(d) of the *Charter*. The *Charter* does not guarantee an absolute right to liberty; rather, it guarantees the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. It is whether the principles of fundamental justice have been violated, not the availability of imprisonment, which is the determinative consideration. There is a difference or variation between what the principles of fundamental justice require in regard to true crimes and what they require in the regulatory context. Imprisonment is not

à la réglementation a accepté la norme de diligence raisonnable lorsqu'elle a décidé d'exercer des activités dans le domaine réglementé.

Les infractions de responsabilité stricte ne violent donc pas l'art. 7 de la *Charte*. Les exigences de l'art. 7 sont respectées dans le cadre réglementaire par l'imputation d'une responsabilité en fonction d'une norme de négligence.

L'inversion de la charge de persuasion obligeant l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence ne va pas à l'encontre de la présomption d'innocence, bien que cette même inversion de la charge violerait l'al. 11d) dans le contexte criminel. La norme de l'al. 11d) qui a été élaborée et appliquée dans le contexte criminel ne devrait pas être appliquée aux infractions réglementaires. L'importance des lois de nature réglementaire et de leur application joue grandement en faveur de l'utilisation de la méthode contextuelle dans l'interprétation du droit garanti par l'al. 11d) en ce qui concerne les infractions réglementaires. Plus simplement, il deviendrait pratiquement impossible d'obtenir l'application des infractions réglementaires si le ministère public était tenu de prouver la négligence hors de tout doute raisonnable. C'est l'accusé assujetti à la réglementation qui connaît les moyens de prouver la diligence raisonnable et qui peut les utiliser. Seul l'accusé est en position de fournir des éléments de preuve pertinents relativement à la question de la diligence raisonnable. Il y a une différence entre le fait d'exiger que l'accusé prouve la diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités et celui d'exiger seulement qu'il soulève un doute raisonnable quant au fait qu'il s'est montré diligent. La présomption d'innocence n'est pas dénuée de sens pour un accusé assujetti à la réglementation parce que le ministère public doit encore prouver l'*actus reus*. La faute est présumée à compter du moment où se produit le résultat proscrié et il incombe alors au défendeur d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence.

La possibilité d'une peine d'emprisonnement ne modifie pas la conclusion que la responsabilité stricte ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. La *Charte* ne garantit pas un droit absolu à la liberté; elle garantit plutôt qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La considération déterminante n'est pas l'existence d'une peine d'emprisonnement mais plutôt la question de savoir si les principes de justice fondamentale ont été violés. Il y a une différence entre les exigences des principes de justice fondamentale à l'égard des crimes proprement dits et leurs exigences dans le contexte régle-

unreasonable, given the danger that can accrue to the public from breaches of regulatory statutes, and can be challenged under s. 12 of the *Charter* if grossly disproportionate to the offence committed.

Section 37.3(2)(c) and (d) imposes an obligation on the accused to make a timely retraction as a precondition to relying on the defence of due diligence. Conviction therefore may be required in some circumstances where there is no fault on the part of the accused. Even where an accused can establish the absence of negligence in the making of misleading representations, paras. (c) and (d) nonetheless require conviction if the accused has failed to make a timely prompt correction or retraction. In these circumstances, the accused would be deprived of the defence of due diligence and the offence would be tantamount to absolute liability, and thereby violate s. 7.

Section 37.3(2)(a) and (b) put forward the common law defence of due diligence. They do not violate s. 7 of the *Charter* because of the removal of the *mens rea* requirement in strict liability offences. Where imprisonment is available as a penalty for breach of a statute, s. 7 of the *Charter* requires a proof of fault before liability can be imposed. Fault in the regulatory context should be imposed on the basis of negligence.

The imposition in strict liability offences of a reverse persuasive onus on the accused to establish due diligence is proper and permissible and does not constitute a violation of the s. 11(d) presumption of innocence. Section 37.3(2)(a) and (b) do not violate s. 11(d) of the *Charter*.

Per Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: Section 37.3(2)(c) and (d) infringe s. 7 of the *Charter*. The section 11(d) presumption of innocence has a different scope and meaning in relation to public welfare or regulatory offences as opposed to criminal offences.

The reverse onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities (via the words "he establishes that" in s. 37.3(2)) infringes s. 11(d) (but is justified under s. 1 of the *Charter*).

III. Section 1 of the *Charter*

Per Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: Section 37.3(2)(c) and (d) is not justified under s. 1.

mentaire. L'emprisonnement n'est pas abusif, compte tenu du danger que les violations des lois de nature réglementaire peuvent représenter pour le public, et il peut être contesté en vertu de l'art. 12 de la *Charte* s'il constitue une peine exagérément disproportionnée par rapport à l'infraction commise.

Les alinéas 37.3(2)(c) et (d) ont pour effet d'obliger l'accusé à présenter sans délai une rétractation s'il veut invoquer la défense de diligence raisonnable. Une déclaration de culpabilité peut donc être requise dans certaines circonstances lorsque l'accusé n'a commis aucune faute. Même lorsque l'accusé peut prouver qu'il n'a pas commis de négligence en donnant des indications trompeuses, les al. c) et d) exigent néanmoins qu'il soit déclaré coupable s'il n'a pas fait rapidement une correction ou une rétractation. Dans ces circonstances, l'accusé serait privé de la défense fondée sur la diligence raisonnable et il s'agirait alors d'une infraction de responsabilité absolue qui violerait donc l'art. 7.

Les alinéas 37.3(2)(a) et (b) énoncent la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law. Ils ne violent pas l'art. 7 en raison du retrait de l'exigence de la *mens rea* dans le cas des infractions de responsabilité stricte. Lorsqu'une loi prévoit une peine d'emprisonnement en cas d'infraction, l'art. 7 de la *Charte* exige la preuve de la faute pour imputer une responsabilité. Dans un contexte réglementaire, la faute doit être imputée en fonction de la négligence.

Il est justifié et permis, en matière d'infractions de responsabilité stricte, d'imposer à l'accusé une charge de persuasion inversée l'obligeant à prouver qu'il a fait preuve de diligence, et cela ne viole pas la présomption d'innocence prévue à l'al. 11(d). Les alinéas 37.3(2)(a) et (b) ne violent pas l'al. 11(d) de la *Charte*.

Les juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci: Les alinéas 37.3(2)(c) et (d) violent l'art. 7 de la *Charte*. La portée et la signification de la présomption d'innocence prévue par l'al. 11(d) varient selon qu'il s'agit d'une infraction réglementaire, ou contre le bien-être public, ou d'une infraction criminelle.

L'inversion de la charge obligeant l'accusé à prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités (par les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2)) porte atteinte à l'al. 11(d) (mais est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*).

III. L'article premier de la *Charte*

Les juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci: Les alinéas 37.3(2)(c) et (d) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier.

The reverse onus provision is justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of convicting those guilty of false or misleading advertising and of avoiding loss of convictions because of evidentiary problems because the facts are in the hands of the accused warrants overriding the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

There is a rational connection between the desired objective and the means chosen to attain it. The alternative means by use of a mandatory presumption of negligence would not achieve the objective as effectively nor would it go a long way in achieving the objective. In practice it would be virtually impossible for the Crown to prove public welfare offences and would effectively prevent governments from seeking to implement public policy through prosecution.

Given that those regulated choose to participate in these regulated activities, and accordingly have accepted the attendant responsibilities, and taking into account the fundamental importance of the legislative objective and the fact that the means chosen impair the right guaranteed by s. 11(d) as little as is reasonably possible, the effects of the reverse onus on the presumption of innocence are proportional to the objective.

Per L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: Sections 36(1)(a) and 37.3(2)(a) and (b) do not infringe either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter* and would have been justified under s. 1 had there been a *Charter* infringement.

Section 37.3(2)(c) and (d) violate s. 7 of the *Charter* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. Assuming that there is a rational connection between the requirement of corrective advertising and the legislative objective of seeking to prevent the harm resulting from misleading representations, there is no proportionality between means and ends. The impugned provisions do not constitute a minimal impairment of the rights of the accused. Further, the availability of imprisonment as a sanction far outweighs the importance of the regulatory objective in correcting false advertising after the fact.

Per Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting in the result): Section 37.3(2)(c) and (d) are not justified under s. 1. Section 37.3(2)(c) and (d) were enacted to prevent false/misleading advertisers from benefiting from advertising and to protect consumers from the detrimental effects of advertising. This is sufficiently important to warrant overriding constitutionally protected rights. The means chosen were rationally connected to this objec-

L'inversion de la charge de la preuve est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif consistant à poursuivre les personnes qui font de la publicité fautive ou trompeuse et à éviter qu'ils échappent à une condamnation en raison de problèmes relatifs à la présentation de la preuve, parce que l'accusé est seul à connaître les faits, justifie la suppression d'un droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*.

Il y a un lien rationnel entre l'objectif recherché et le moyen choisi pour l'atteindre. La solution de rechange, par le recours à une présomption obligatoire de négligence, n'atteindrait pas l'objectif aussi efficacement, ni ne le réaliserait en grande partie. Une telle solution rendrait pratiquement impossible pour le ministère public de prouver les infractions contre le bien-être public et empêcherait effectivement les gouvernements de chercher à mettre en œuvre des politiques d'intérêt public en ayant recours à des poursuites.

Étant donné que ceux qui choisissent de participer à des activités réglementées ont de ce fait accepté les responsabilités qui en découlent, et compte tenu de l'importance fondamentale de l'objectif du législateur et du fait que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'al. 11d), les effets de l'inversion de la charge sur la présomption d'innocence sont proportionnels à l'objectif.

Les juges L'Heureux-Dubé et Cory: Les alinéas 36(1)a) et 37.3(2)a) et b) ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte* et auraient été sauvegardés par l'article premier s'il y avait eu violation de la *Charte*.

Les alinéas 37.3(2)c) et d) violent l'art. 7 et ne peuvent être justifiés par l'article premier de la *Charte*. Si l'on présume qu'il existe un lien rationnel entre l'exigence de faire publier une annonce corrigeant l'erreur et l'objectif de la loi qui consiste à empêcher le préjudice résultant des indications trompeuses, il n'y a aucune proportionnalité entre les fins et les moyens. Les dispositions contestées ne représentent pas une atteinte minimale aux droits de l'accusé. Par ailleurs, l'existence d'une peine d'emprisonnement l'emporte, et de loin, sur l'importance de l'objectif de la réglementation pour corriger la fautive publicité après le fait.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents quant au résultat): Les alinéas 37.3(2)c) et d) ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier. Les alinéas 37.3(2)c) et d) avaient pour objet d'empêcher les annonceurs qui font de la publicité fautive ou trompeuse d'en tirer profit et de protéger les consommateurs contre ses effets préjudiciables. Ces objectifs sont suffisamment importants pour justifier la suppression de droits garan-

tive. The modified due diligence defence embodied in paras. (c) and (d), however, does not fall within the constitutionally acceptable range. These paragraphs may "catch" even those who have been duly diligent in preventing false advertising. Alternative means could achieve the objective of encouraging advertisers to undertake corrective advertising without convicting the innocent.

An absolute liability component to the offence of false advertising would perhaps be more effective in facilitating convictions than would the alternatives proposed. Parliament, however, could have retained the absolute liability component and, at the same time, infringed *Charter* rights to a much lesser extent, had it not combined this with the possibility of imprisonment.

The reverse onus provision is not justified under s. 1. The reverse onus provision was intended to facilitate the convictions of false/misleading advertisers. This is a "pressing and substantial objective". The means chosen are rationally connected to this objective. The provision, however, does not infringe constitutionally protected rights as little as is reasonably possible. Parliament could have employed alternative means which would have resulted in a lesser impairment.

Per McLachlin J.: The infringements caused by s. 37.3(2)(c) and (d) and the reverse onus provision cannot be justified under s. 1.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957); *United States v. International Minerals and Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971); *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; **referred to:** *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918; *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Jour-*

tis par la Constitution. Les moyens choisis avaient un lien rationnel avec cet objectif. Le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu'énoncent les al. c) et d) ne rentre cependant pas dans la gamme acceptable du point de vue constitutionnel. Ces alinéas peuvent viser aussi les personnes qui ont fait preuve de diligence en essayant de prévenir la publicité fautive ou trompeuse. D'autres moyens permettraient, sans que des innocents soient déclarés coupables, de réaliser l'objectif d'encourager les annonceurs à faire une publicité corrective.

Si le recours à la responsabilité absolue relativement à l'infraction de publicité fautive facilite peut-être de façon plus efficace les déclarations de culpabilité que d'autres moyens, le législateur aurait pu néanmoins conserver la responsabilité absolue, tout en portant beaucoup moins atteinte aux droits garantis par la *Charte*, s'il n'avait pas conjugué cette responsabilité absolue avec la possibilité d'emprisonnement.

La disposition portant inversion de la preuve n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Cette disposition avait pour but de faciliter la condamnation des auteurs de publicité fautive ou trompeuse. Il s'agit d'un «objectif urgent et réel». Il y a un lien rationnel entre les moyens choisis et cet objectif. Cependant, la disposition ne porte pas aussi peu que possible atteinte aux droits garantis par la Constitution. Le législateur aurait pu recourir à d'autres moyens moins attentatoires.

Le juge McLachlin: La violation résultant des al. 37.3(2)c) et d) et la disposition portant inversion de la charge de la preuve ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier.

g Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957); *United States v. International Minerals and Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971); *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; **arrêts mentionnés:** *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918; *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Big M Drug Mart*

nal v. Alberta (Attorney General), [1989] 2 S.C.R. 1326; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952); *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1971); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987).

By Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

By Lamer C.J.

Considered: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; **referred to:** *R. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 317; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541.

By La Forest J.

Distinguished: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; **referred to:** *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443.

Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952); *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1971); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987).

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

e Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; **arrêts mentionnés:** *R. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 317; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541.

i Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec l'arrêt: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; **arrêts mentionnés:** *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 11(d), 8 to 14.
Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), (5)(a), (b), 37.3(2)(a), (b), (c), (d) [am. S.C. 1974-75, c. 76, s. 18].
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 251.
Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 8.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Criminal Responsibility for Group Action*. Working Paper 16. Ottawa: 1976.
 Canada. Law Reform Commission. *The Meaning of Guilt — Strict Liability*. Working Paper 2. Ottawa: 1974.
 Canada. Law Reform Commission. "The Size of the Problem". In *Studies in Strict Liability*. Ottawa: 1974.
 LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences*. Toronto: 1990.
 Packer, Hebert L. "Mens Rea and the Supreme Court" (1962), *Sup. Ct. Rev.* 107.
 Richardson, Geneva. "Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research," [1987] *Crim. L.R.* 295.
 Saltzman, A. "Strict Criminal Liability and the United States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process" (1978), 24 *Wayne L. Rev.* 1571.
 Webb, Kernaghan R. "Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 419.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 545, 63 D.L.R. (4th) 325, 52 C.C.C. (3d) 9, 73 C.R. (3d) 320, 35 O.A.C. 331, 46 C.R.R. 73, 27 C.P.R. (3d) 129, allowing an appeal in part from a judgment of Montgomery J. (1988), 46 C.R.R. 100, 23 C.P.R. (3d) 92, allowing an appeal from a finding of Mercer Prov. Ct. J. (1988), 22 C.P.R. (3d) 328. The appeal by Wholesale Travel Group Inc. is dismissed; the Crown's appeal is

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 11d), 8 à 14.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 251.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1)a), (5)a), b), 37.3(2)a), b), c), d) [mod. S.C. 1974-75, ch. 76, art. 18].
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1.
Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, ch. L-13.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 8.

Doctrines citées

Canada. Commission de réforme du droit. *La notion de blâme — La responsabilité stricte*. Document de travail 2. Ottawa: 1974.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Responsabilité pénale et conduite collective*. Document de travail 16. Ottawa: 1976.
 Canada. Commission de réforme du droit. «The Size of the Problem.» In *Studies in Strict Liability*. Ottawa: 1974.
 LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences*. Toronto: 1990.
 Packer, Herbert L. «Mens Rea and the Supreme Court» (1962), *Sup. Ct. Rev.* 107.
 Richardson, Geneva. «Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research,» [1987] *Crim. L.R.* 295.
 Saltzman, A. «Strict Criminal Liability and the United States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process» (1978), 24 *Wayne L. Rev.* 1571.
 Webb, Kernaghan R. «Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 419.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 545, 63 D.L.R. (4th) 325, 52 C.C.C. (3d) 9, 73 C.R. (3d) 320, 35 O.A.C. 331, 46 C.R.R. 73, 27 C.P.R. (3d) 129, qui a accueilli en partie un appel d'un jugement du juge Montgomery (1988), 46 C.R.R. 100, 23 C.P.R. (3d) 92, qui avait accueilli un appel contre une décision du juge Mercer de la Cour provinciale (1988), 22 C.P.R. (3d) 328. Le pourvoi de Wholesale Travel Group Inc.

allowed, Lamer C.J., La Forest, Sopinka and McLachlin J.J. dissenting in the result.

Ian Binnie, Q.C., Kevin McLaughlin and George Dolhai, for The Wholesale Travel Group Inc.

Michael R. Dambrot, Q.C., Robert W. Hubbard and Robert J. Frater, for Her Majesty The Queen.

M. P. Tunley and Kenneth L. Campbell, for the intervener the Attorney General for Ontario.

P. Monty, Gilles Laporte and Paule Grenier, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Paul Hawkins, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Shawn Greenberg and Lawrence MacInnes, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

R. C. Maybank, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Earl A. Cherniak, Q.C., and Kirk F. Stevens, for the interveners Ellis-Don Limited and Rocco Morra.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

LAMER C.J.—This case involves a constitutional challenge, under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the false or misleading advertising provisions of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (as amended), ss. 36(1)(a), 36(5) and 37.3(2):

36. (1) No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever,

(a) make a representation to the public that is false or misleading in a material respect;

est rejeté. Le pourvoi du ministère public est accueilli, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents quant au résultat.

Ian Binnie, c.r., Kevin McLaughlin et George Dolhai, pour The Wholesale Travel Group Inc.

Michael R. Dambrot, c.r., Robert W. Hubbard et Robert J. Frater, pour Sa Majesté la Reine.

M. P. Tunley et Kenneth L. Campbell, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

P. Monty, Gilles Laporte et Paule Grenier, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Paul Hawkins, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Shawn Greenberg et Lawrence MacInnes, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

Earl A. Cherniak, c.r., et Kirk F. Stevens, pour les intervenants Ellis-Don Limited et Rocco Morra.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Cette affaire met en cause, en application de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité des dispositions de l'al. 36(1)a) et des par. 36(5) et 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, modifiée, relatives à la publicité fausse ou trompeuse:

36. (1) Nul ne doit, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques

a) donner au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important;

(5) Any person who violates subsection (1) is guilty of an offence and is liable

(a) on conviction on indictment, to a fine in the discretion of the court or to imprisonment for five years or to both; or

(b) on summary conviction, to a fine of twenty-five thousand dollars or to imprisonment for one year or to both.

37.3 ...

(2) No person shall be convicted of an offence under section 36 or 36.1, if he establishes that,

(a) the act or omission giving rise to the offence with which he is charged was the result of error;

(b) he took reasonable precautions and exercised due diligence to prevent the occurrence of such error;

(c) he, or another person, took reasonable measures to bring the error to the attention of the class of persons likely to have been reached by the representation or testimonial; and

(d) the measures referred to in paragraph (c), except where the representation or testimonial related to a security, were taken forthwith after the representation was made or the testimonial was published.

The Facts

Wholesale Travel Group Inc. (a travel agency) and Mr. Colin Chedore were jointly charged with five counts of false or misleading advertising, contrary to s. 36(1)(a) of the *Competition Act, supra*. The Crown elected to proceed by way of summary conviction and the accused pleaded not guilty. The advertisements in question referred to vacations at "wholesale prices". Apparently, the Crown intended to argue at trial that "wholesale price" refers to the price at which Wholesale Travel acquired its travel packages and that the advertisements were therefore false or misleading. This argument was never made because, at the outset of the trial, the accused brought a motion pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* for a declaration that ss. 36(1) and 37.3(2) of the *Compe-*

(5) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible,

a) après déclaration de culpabilité à la suite d'une mise en accusation, d'une amende à la discrétion du tribunal ou d'un emprisonnement de cinq ans, ou de l'une et l'autre peine; ou

b) après déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende de vingt-cinq mille dollars ou d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une et l'autre peine.

37.3 ...

(2) La personne accusée d'avoir commis une infraction tombant sous le coup des articles 36 ou 36.1 ne peut en être déclarée coupable si elle prouve que

a) l'infraction résulte d'une erreur;

b) elle a pris les précautions raisonnables et fait preuve de diligence pour prévenir cette erreur;

c) elle a pris ou fait prendre des mesures raisonnables pour porter l'erreur à l'attention des personnes susceptibles d'être concernées par les indications ou l'attestation; et

d) les mesures mentionnées à l'alinéa c) ont été prises sans délai après la publication des indications ou de l'attestation, sauf lorsque celles-ci concernent des valeurs mobilières.

Les faits

Wholesale Travel Group Inc. (une agence de voyages) et M. Colin Chedore ont été conjointement l'objet de cinq chefs d'accusation de publicité fautive ou trompeuse, infraction prévue à l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, précité. Le ministère public a choisi la procédure sommaire et les accusés ont plaidé non coupables. La publicité en question parlait de vacances au [TRADUCTION] «prix de gros». Apparemment, le ministère public entendait soutenir au procès que l'expression au «prix de gros» désigne les prix auxquels Wholesale Travel achetait ses forfaits et que la publicité était par conséquent fautive ou trompeuse. Cet argument n'a jamais été avancé parce qu'au début du procès, les accusés ont présenté une requête, en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, visant à obtenir un jugement déclaratoire selon lequel les par. 36(1) et 37.3(2) de

tition Act were inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and were, therefore, of no force or effect.

The trial judge ruled in favour of the accused's motion and held that ss. 36(1) and 37.3(2) were inconsistent with ss. 7 and 11(d) and could not be upheld under s. 1 of the *Charter*. Consequently, he dismissed the charges against both accused. On appeal to the Supreme Court of Ontario, Montgomery J. held that the impugned provisions did not violate the *Charter* and remitted the case to the Provincial Court for trial before another judge. The accused, Wholesale Travel, appealed this ruling to the Ontario Court of Appeal. The individual accused, Mr. Colin Chedore, did not appeal this ruling and therefore he is not a party before this Court.

The Ontario Court of Appeal (Zuber J.A. dissenting in part) affirmed the remittance of the case to the Provincial Court for trial but allowed the appeal in part. Indeed, Tarnopolsky and Lacourcière J.J.A. (the majority) held that s. 37.3(2)(c) and (d) of the *Competition Act* were severable from the rest of s. 37.3(2) and declared them to be of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The majority further held that the words "he establishes that" in s. 37.3(2) were severable and declared that they were of no force or effect.

Both Wholesale Travel and the Crown have appealed from the judgment of the Ontario Court of Appeal. Constitutional questions were stated on July 26, 1990. A number of provinces have intervened in these cases: Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Quebec and New Brunswick. Two other interested parties were also granted intervener status in these appeals: Ellis-Don Limited and Rocco Morra.

Judgments Below

Ontario Provincial Court—Criminal Division (1988), 22 C.P.R. (3d) 328

la *Loi sur la concurrence* étaient incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et, par conséquent, inopérants.

Le juge du procès a fait droit à la requête des accusés et décidé que les par. 36(1) et 37.3(2) étaient incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11d) et ne pouvaient pas être tenus pour valides sous le régime de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, il a rejeté les accusations portées contre les deux accusés. En appel devant la Cour suprême de l'Ontario, le juge Montgomery a conclu que les dispositions attaquées ne violaient pas la *Charte* et il a renvoyé l'affaire devant la Cour provinciale afin qu'elle soit entendue par un autre juge. L'accusée Wholesale Travel a porté cette décision en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. L'accusé Colin Chedore n'a pas interjeté appel de cette décision et n'est donc pas partie au présent pourvoi.

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Zuber dissident en partie) a confirmé le renvoi de l'affaire devant la Cour provinciale pour la tenue d'un procès mais a fait droit à l'appel en partie. En fait, les juges Tarnopolsky et Lacourcière (la majorité) ont décidé que les al. c) et d) pouvaient être retranchés du par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* et ils les ont déclarés inopérants conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La majorité a en outre conclu que les mots «elle prouve que» du par. 37.3(2) pouvaient être retranchés et elle a déclaré qu'ils étaient inopérants.

Wholesale Travel et le ministère public ont tous deux interjeté appel de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Des questions constitutionnelles ont été formulées le 26 juillet 1990. Certaines provinces sont intervenues dans ces affaires: l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba, l'Ontario, le Québec et le Nouveau-Brunswick. Deux autres parties intéressées ont été autorisées à intervenir dans ces pourvois: Ellis-Don Limited et Rocco Morra.

Les jugements des juridictions inférieures

La Cour provinciale de l'Ontario—Division criminelle (1988), 22 C.P.R. (3d) 328

Mercer Prov. Ct. J. stated that the effect of paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) was to provide an accused with the common law defence of due diligence. However, paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) detracted from the common law defence by requiring an accused not only to prove due diligence on a balance of probabilities, but also to make a "timely retraction" of the advertisement. Mercer Prov. Ct. J. was of the view, at p. 331, that paras. (c) and (d) required an accused to "admit the wrongful act before he is permitted to enter a defence of due diligence" and that in situations where an accused was unable to make a retraction, the offence would become one of absolute liability. Given that a possible penalty of five years' imprisonment attached to this offence, Mercer Prov. Ct. J. held (on the basis of *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486) that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) violated s. 7 of the *Charter*.

With respect to paras. (a) and (b) of s. 37.3(2), Mercer Prov. Ct. J. held (on the basis of *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636) that lack of due diligence (i.e., negligence) was not a sufficient *mens rea* under s. 7 of the *Charter*, given that the penalty and stigma attached to the offence was "considerable". Accordingly, Mercer Prov. Ct. J. held that paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Mercer Prov. Ct. J. stated that ss. 36 and 37.3 constituted a "legislative scheme" and that they "must stand or fall together". He rejected the Crown's argument, at p. 333, that the impugned provisions were justified as reasonable limits under s. 1 because the prevalence of misleading advertising was of "epidemic proportion[s]" and he therefore held that ss. 36(1) and 37.3(2) of the *Competition Act* were of no force or effect.

Supreme Court of Ontario (1988), 46 C.R.R. 100

Montgomery J. characterized the offence of false/misleading advertising as follows, at p. 102:

The false or misleading character of the representation constitutes the *actus reus* of the offence and is

Le juge Mercer a mentionné que les al. a) et b) du par. 37.3(2) avaient pour effet de permettre à l'accusé de faire valoir le moyen de défense de diligence raisonnable reconnu par la common law. Toutefois, les al. c) et d) du par. 37.3(2) s'écartaient du moyen de défense de la common law car ils exigeaient que l'accusé non seulement prouve sa diligence selon la prépondérance des probabilités, mais encore [TRADUCTION] «rétracte sans délai» cette publicité. Le juge Mercer était d'avis, à la p. 331, que les al. c) et d) obligeaient l'accusé à [TRADUCTION] «avouer l'acte répréhensible avant de faire valoir la défense de diligence» et que, dans les cas où un accusé serait incapable de faire une rétractation, l'infraction entrerait alors dans la catégorie des infractions de responsabilité absolue. Comme la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans, le juge Mercer a statué (vu le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486) que les al. c) et d) du par. 37.3(2) violaient l'art. 7 de la *Charte*.

Quant aux al. a) et b) du par. 37.3(2), le juge Mercer a statué (en s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636) que le défaut de diligence (c'est-à-dire la négligence) ne constituait pas une *mens rea* suffisante au regard de l'art. 7 de la *Charte*, étant donné que la peine et les stigmates liés à l'infraction étaient très graves. Par conséquent, le juge Mercer a conclu que les al. a) et b) du par. 37.3(2) violaient l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge Mercer a dit que les art. 36 et 37.3 constituaient un [TRADUCTION] «ensemble législatif» et que «leur validité devait être appréciée globalement». Il a repoussé l'argument du ministère public, à la p. 333, selon lequel les dispositions contestées représentaient des restrictions raisonnables, justifiées au sens de l'article premier, parce que le phénomène de la publicité trompeuse avait pris une ampleur «épidémique», et il a donc conclu que les par. 36(1) et 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* étaient inopérants.

La Cour suprême de l'Ontario (1988), 46 C.R.R. 100

Le juge Montgomery a caractérisé ainsi l'infraction de publicité fautive ou trompeuse, à la p. 102:

[TRADUCTION] La fausseté ou le caractère trompeur des indications forment l'*actus reus* de l'infraction et ils

determined by an objective assessment of the meaning of the representation, without reference to the culpability of the accused's conduct. The section encompasses innocent, negligent, reckless and intentionally false misrepresentation.

He noted that in *R. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 317, the Ontario Court of Appeal held that false/misleading advertising is a strict liability offence and that the burden of proof is, therefore, on the defendant to establish the defence of due diligence on a balance of probabilities. Moreover, under s. 37.3(2), it was necessary to meet all four requirements in order to sustain the statutory defence.

Montgomery J. referred to *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and to *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, and upheld the impugned provisions on the basis of *Holmes*. He stated, at p. 103:

Just as possession of housebreaking instruments for an innocent purpose can be argued by an accused charged under s. 309 of the *Code*, so can due diligence be argued by the accused under s. 37.3 of the *Competition Act*. Further, for the Crown to secure a conviction under s. 36 of the *Competition Act*, all elements of the offence must be proved beyond a reasonable doubt.

Montgomery J. concluded that ss. 36(1)(a) and 37.3(2)(c) and (d) did not violate s. 11(d) of the *Charter* since the modified due diligence defence did not relieve the Crown of proving, beyond a reasonable doubt, any of the essential elements of the offence. Consequently, Montgomery J. remitted the case to the Provincial Court for trial before another judge.

Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 545

Majority (Tarnopolsky and Lacourcière J.J.A.)

The majority first addressed the Crown's contention that Wholesale Travel could not raise s. 7 of the *Charter* in its defence because, according to this Court's judgment in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attor-*

sont déterminés par une appréciation objective du sens des indications, sans égard à la culpabilité de l'accusé. La disposition vise les indications fausses, qu'elles soient faites de bonne foi, par négligence, par insouciance ou intentionnellement.

Il a fait observer que, dans l'arrêt *R. v. Consumers Distributing Co.* (1980), 57 C.C.C. (2d) 317, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la publicité fautive ou trompeuse est une infraction de responsabilité stricte et qu'il incombe donc à l'accusé de faire la preuve du moyen de défense de diligence selon la prépondérance des probabilités. En outre, le moyen de défense prévu au par. 37.3(2) exige que les quatre conditions aient été remplies.

Le juge Montgomery a mentionné les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, et il a confirmé la validité des dispositions attaquées en s'appuyant sur l'arrêt *Holmes*. Il dit, à la p. 103:

[TRADUCTION] Tout comme l'accusé, dans le cas de l'infraction prévue à l'art. 309 du *Code*, peut faire valoir la possession d'outils de cambriolage à une fin légitime, de même la personne accusée de l'infraction prévue à l'art. 37.3 de la *Loi sur la concurrence* peut invoquer la diligence. Par surcroît, le ministère public doit, pour faire déclarer l'accusé coupable en vertu de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, faire la preuve de tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable.

Le juge Montgomery a conclu que les al. 36(1)(a) et 37.3(2)(c) et (d) ne violaient pas l'al. 11(d) de la *Charte* puisque le moyen de défense modifié de la diligence ne dégageait pas le ministère public de l'obligation de prouver, hors de tout doute raisonnable, l'un ou l'autre des éléments essentiels de l'infraction. Par conséquent, le juge Montgomery a renvoyé l'affaire devant la Cour provinciale afin qu'elle soit entendue par un autre juge.

La Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 545

Les juges majoritaires (Tarnopolsky et Lacourcière)

Les juges majoritaires ont d'abord étudié l'argument du ministère public selon lequel Wholesale Travel ne pouvait pas faire valoir l'art. 7 de la *Charte* pour sa défense, parce que, d'après l'arrêt de notre

ney General), [1989] 1 S.C.R. 927, a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the Charter. Tarnopolsky J.A. stated that *Irwin Toy Ltd.* was distinguishable from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, because *Irwin Toy Ltd.* concerned an application for a declaration that certain provisions of the Quebec Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, were *ultra vires*, whereas *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* concerned a criminal prosecution. Therefore, the holding in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* at pp. 313-14 that "[a]ny accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid" was preserved. He noted that in *Irwin Toy Ltd.*, the majority explicitly stated that because there were no penal proceedings involved in the case, the principle articulated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* was not involved. Tarnopolsky J.A. concluded as follows, at p. 558:

Once charged with an offence, a corporation is entitled to submit that the legislation under which it is charged is unconstitutional because it infringes the right to life, liberty and security of a human being, and thus violates s. 7 of the Charter.

Turning to the substantive Charter issues, Tarnopolsky J.A. reviewed this Court's decisions in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* and noted that these judgments require that an accused who risks imprisonment upon conviction must always have a defence of due diligence open to him or her. Tarnopolsky J.A. stated that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) could have the effect of depriving an accused of the defence of due diligence because they required that an accused who did not make a prompt retraction be convicted even where the failure to make a prompt retraction was not negligent. Consequently, the defence of due diligence was not always open to an accused charged with false/misleading advertising despite the fact that such an accused risks imprisonment upon conviction. Tarnopolsky J.A. therefore concluded that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) were contrary to s. 7 of the Charter.

Cour *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, une personne morale ne peut pas invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte. Le juge Tarnopolsky a dit qu'il y avait lieu d'établir une distinction entre l'arrêt *Irwin Toy Ltd.* et l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, parce que l'arrêt *Irwin Toy Ltd.* visait une demande tendant à faire déclarer *ultra vires* des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, L.R.Q., ch. P-40.1, tandis que l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* portait sur des poursuites criminelles. Par conséquent, le principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* aux pp. 313 et 314 restait valable: «Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle». Il a fait remarquer que, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*, la Cour à la majorité a expressément déclaré que, puisqu'il n'y avait pas de poursuite pénale en cours, le principe formulé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* n'entraînait pas en jeu. Le juge Tarnopolsky conclut, à la p. 558:

[TRADUCTION] La personne morale contre laquelle est portée une accusation a le droit de faire valoir que la loi en vertu de laquelle elle est accusée est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne physique et viole donc l'art. 7 de la Charte.

Passant ensuite aux questions de fond touchant la Charte, le juge Tarnopolsky a examiné les arrêts de notre Cour *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *Vaillancourt* et fait observer que, selon ces arrêts, l'accusé qui risque l'emprisonnement doit toujours avoir le droit de faire valoir la défense de diligence raisonnable. Le juge Tarnopolsky a dit que les al. c) et d) du par. 37.3(2) pouvaient avoir pour effet de priver l'accusé de la défense de diligence parce qu'ils prescrivent que l'accusé qui ne fait pas de rétractation sans délai doit être déclaré coupable, même si ce n'est pas par négligence qu'il ne l'a pas fait. Par conséquent, l'accusé à qui la publicité fautive ou trompeuse a été reprochée ne peut pas toujours invoquer la défense de diligence en dépit du fait qu'il risque l'emprisonnement. Le juge Tarnopolsky a donc conclu que les al. c) et d) du par. 37.3(2) portaient atteinte à l'art. 7 de la Charte.

The majority went on to consider whether the paragraphs could be upheld under s. 1 of the *Charter*. It cited extensively from *Re B.C. Motor Vehicle Act* and noted at p. 560 that there was a very high standard for saving what amounted to an “absolute liability offence” (with penal consequences) under s. 1 of the *Charter*. In any event, the Crown had indicated to the Court of Appeal that it would not be relying on s. 1 in the event that a s. 7 violation was found. Consequently, the majority held that s. 37.3(2)(c) and (d) were unconstitutional and were, pursuant to s. 52(1), of no force or effect.

The majority then considered the constitutionality of s. 36(1)(a) combined with the remainder of s. 37.3(2). It stated that these remaining provisions constituted a strict liability offence (paras. (a) and (b) providing the usual due diligence defence) and that they required an accused to carry the “persuasive burden” with respect to the due diligence defence (i.e., establish due diligence on a balance of probabilities).

Tarnopolsky J.A. stated that the issue with respect to the “reverse onus” was whether it violated s. 11(d) of the *Charter*, and that because ss. 8 to 14 address specific deprivations of the right to life, liberty and security of the person afforded by s. 7, it was unnecessary to consider this issue further under s. 7 itself. Tarnopolsky J.A. reviewed the decisions of this Court in *Oakes, supra, Holmes, supra, R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, and *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, and stated at p. 567:

Throughout its decisions, from *Oakes, supra*, to *Schwartz, supra*, the Supreme Court of Canada has held consistently that a statutory provision which makes it possible for an accused to be convicted despite the existence of a reasonable doubt in the mind of the trier as to the guilt of the accused violates the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*.

The majority distinguished the present case from *Schwartz* on the basis that in *Schwartz*, Justice McIntyre held that even though there was a burden on the

La majorité s’est demandé ensuite si les alinéas étaient valides sous le régime de l’article premier de la *Charte*. Elle a cité de larges extraits du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et souligné à la p. 560 qu’il fallait déterminer selon un critère très rigoureux si une infraction qui peut être qualifiée d’«infraction de responsabilité absolue» (entraînant des conséquences pénales) était justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*. De toute façon, le ministère public avait dit à la Cour d’appel qu’il ne se fonderait pas sur l’article premier si elle concluait à la violation de l’art. 7. Par conséquent, la majorité a décidé que les al. 37.3(2)c) et d) étaient inconstitutionnels et, en vertu du par. 52(1), inopérants.

La majorité s’est ensuite penchée sur la constitutionnalité de l’al. 36(1)a) conjugué au reste du par. 37.3(2). Elle a déclaré que les dispositions restantes constituaient une infraction de responsabilité stricte (les al. a) et b) prévoyant la défense habituelle de diligence raisonnable) et qu’elles obligeaient l’accusé à s’acquitter de la «charge de persuasion» à l’égard du moyen de défense de diligence (c’est-à-dire à prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités).

Le juge Tarnopolsky a dit que la question relative à [TRADUCTION] «l’inversion de la charge» consistait à se demander si celle-ci portait atteinte à l’al. 11d) de la *Charte* et que, parce que les art. 8 à 14 portent sur des atteintes particulières au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l’art. 7, il n’était pas nécessaire d’examiner cette question en fonction de l’art. 7. Après avoir étudié les arrêts de notre Cour *Oakes*, précité, *Holmes*, précité, *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, et *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, le juge Tarnopolsky dit à la p. 567:

[TRADUCTION] Dans tous ses arrêts, à partir de l’arrêt *Oakes*, précité, jusqu’à l’arrêt *Schwartz*, précité, la Cour suprême du Canada a, chaque fois, décidé qu’une disposition de la loi qui permet qu’un accusé soit déclaré coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits au sujet de sa culpabilité viole la présomption d’innocence garantie à l’al. 11d) de la *Charte*.

La majorité a estimé que les circonstances du présent pourvoi et de l’arrêt *Schwartz* étaient différentes car, dans l’arrêt *Schwartz*, le juge McIntyre a dit que

accused to prove that he held a registration certificate on a balance of probabilities, there was no risk that a conviction would result despite the existence of a reasonable doubt as to guilt because the production or non-production of the registration certificate was determinative as to guilt. Conversely, in the case at bar, it would clearly be possible for an accused to raise a reasonable doubt that he or she acted with due diligence without being able to establish that defence on a balance of probabilities. Consequently, the persuasive burden imposed by s. 37.3(2) could operate so as to permit a conviction despite a reasonable doubt as to the culpability of the accused and therefore was inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*.

With respect to s. 1, Tarnopolsky J.A. stated that because the Crown had not attempted to establish that the "reverse onus" was a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*, it must be held to be of no force or effect.

In the result, the majority held that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) were severable from the rest of s. 37.3(2) and were of no force or effect. The words "he establishes that" were also severed from the rest of s. 37.3(2) and declared to be of no force or effect. The majority stated that because the *Charter* motion had been made at trial before any evidence was heard, it was necessary to remit the case back to the Provincial Court for a new trial on the basis of the provisions as they now stood.

Dissent (Zuber J.A.)

Zuber J.A. reviewed the decisions of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* and concluded that s. 36(1)(a) could stand as long as a defence of due diligence would be available to anyone charged with contravening that provision. He stated that paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) provided an accused with a statutory due diligence defence, but noted that an accused was required to establish due diligence on a balance of probabilities. After reviewing this Court's decisions in *Holmes*, *Whyte*, and *Schwartz*, Zuber J.A. stated that there appeared to be two conflicting theories underlying these cases and that the only way to reconcile these cases was to

même s'il incombait à l'accusé de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il détenait un certificat d'enregistrement, il n'y avait aucun danger qu'il fût déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité parce que la production du certificat établissait son innocence. À l'inverse, en l'espèce, il serait à l'évidence possible que l'accusé suscite un doute raisonnable quant à sa diligence tout en n'étant pas en mesure d'établir ce moyen de défense selon la prépondérance des probabilités. Par conséquent, la charge de persuasion imposée par le par. 37.3(2) pourrait avoir pour effet de permettre la déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé et est donc incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*.

Au sujet de l'article premier, le juge Tarnopolsky a dit que, parce que le ministère public n'avait pas tenté d'établir que l'«inversion de la charge» était une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*, elle devait être tenue pour inopérante.

En conclusion, la majorité a décidé que les al. c) et d) pouvaient être retranchés du par. 37.3(2) et étaient inopérants. Les mots «elle prouve que» ont aussi été retranchés du par. 37.3(2) et déclarés inopérants. La majorité a déclaré que, parce que la requête fondée sur la *Charte* avait été présentée au procès avant qu'aucun élément de preuve ait été produit, il était nécessaire de renvoyer l'affaire devant la Cour provinciale afin qu'un nouveau procès soit tenu, sur la base des dispositions dans leur nouvelle teneur.

Le juge Zuber (dissident)

Le juge Zuber a étudié les arrêts de notre Cour *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. et Vaillancourt* et a conclu que l'al. 36(1)(a) était valide dans la mesure où toute personne accusée d'avoir enfreint cette disposition pouvait faire valoir la défense de diligence. Il a dit que les al. a) et b) du par. 37.3(2) offraient à l'accusé la défense de diligence, mais il a fait remarquer que l'accusé était tenu d'en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités. Après avoir examiné les arrêts de notre Cour *Holmes*, *Whyte* et *Schwartz*, le juge Zuber a déclaré que ces arrêts semblaient reposer sur deux théories contradictoires et qu'ils ne pouvaient être conciliés, en ce qui

draw a distinction between elements of an offence and defences with respect to s. 11(d). In other words, Zuber J.A. concluded that it was only when a statutory provision placed the persuasive burden on an accused with respect to an essential element (as opposed to a defence) that the provision limited s. 11(d) of the *Charter*. Consequently, since due diligence is a defence, the persuasive burden contained in s. 37.3(2) did not violate s. 11(d).

With respect to paras. (c) and (d) of s. 37.3(2), Zuber J.A. at p. 555 agreed with Tarnopolsky J.A. that these provisions “constricted” the offence spelled out in s. 36(1)(a) in such a way that it “becomes tantamount to an absolute liability offence”. Consequently, Zuber J.A. agreed that the case should be remitted to the Provincial Court for a new trial.

Issues

The following constitutional questions were stated on July 26, 1990:

1. Does s. 37.3(2) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, in whole or in part violate ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, in and of itself or when read in combination with s. 37.3(2) of the *Competition Act*, violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter*?
3. If either question 1 or question 2 is answered in the affirmative, is (are) the impugned provision(s) saved by s. 1 of the *Charter*?

There are two other main issues which were raised by the parties but which are not encompassed by the constitutional questions:

Does a corporation have “standing” to challenge the constitutionality of these statutory provisions on the basis of ss. 7 and 11(d) and if so, is a corporation

concerne l'al. 11d), que par l'établissement d'une distinction entre les éléments d'une infraction et les moyens de défense. Autrement dit, le juge Zuber a conclu que c'était seulement dans le cas où une disposition de la loi imposait à l'accusé la charge de persuasion quant à un élément essentiel (par opposition à un moyen de défense), que la disposition portait atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*. Par conséquent, comme la diligence est un moyen de défense, la charge de persuasion prévue au par. 37.3(2) ne viole pas l'al. 11d).

Quant aux al. c) et d) du par. 37.3(2), le juge Zuber souscrit, à la p. 555, au point de vue du juge Tarnopolsky selon lequel ces dispositions [TRADUCTION] «resserrent» l'infraction contenue à l'al. 36(1)a) à tel point qu'elle «équivalait à une infraction de responsabilité absolue». Par conséquent, le juge Zuber approuve le renvoi de l'affaire devant la Cour provinciale pour la tenue d'un nouveau procès.

Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 26 juillet 1990:

1. Le paragraphe 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, et modifications, ou une partie de ce paragraphe, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, pris isolément ou avec le par. 37.3(2) de cette loi, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*?
3. Si l'une ou l'autre des questions précédentes reçoit une réponse affirmative, peut-on justifier la ou les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Deux autres questions principales ont été soulevées par les parties, mais ne sont pas visées par les questions constitutionnelles:

Une personne morale a-t-elle «qualité» pour contester la constitutionnalité de ces dispositions législatives en se fondant sur l'art. 7 et l'al. 11d) et, le cas

entitled to benefit from a finding that the provisions violate a human being's constitutional rights?

Did the Ontario Court of Appeal err in "rewriting" the offence in that it struck down only paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) and deleted the words "he establishes that" rather than declaring the entire provision to be of no force or effect?

Analysis

Does Wholesale Travel Group Inc. Have Standing to Raise the Constitutional Issue and can it Benefit From a Finding of Unconstitutionality?

This Court has held on a number of occasions that a corporation charged with an offence has "standing" to challenge the constitutionality of the offence (as it applies to a human being) as part of its own defence. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, a corporation which was charged with unlawfully carrying on the sale of goods on a Sunday contrary to the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, successfully invoked s. 2(a) of the *Charter* to strike down the Act and was acquitted on the basis that the Act was, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, of no force or effect. The majority, *per* Dickson C.J., acknowledged that a corporation could not exercise or enjoy freedom of religion, but stated that this was irrelevant to the disposition of the case. Dickson C.J. stated, at pp. 313-14:

Section 52 sets out the fundamental principle of constitutional law that the Constitution is supreme. The undoubted corollary to be drawn from this principle is that no one can be convicted of an offence under an unconstitutional law. The respondent did not come to court voluntarily as an interested citizen asking for a prerogative declaration that a statute is unconstitutional. If it had been engaged in such "public interest litigation" it would have had to fulfill the status requirements laid down by this Court in the trilogy of "standing" cases . . . but that was not the reason for its appearance in Court.

Any accused, whether corporate or individual, may defend a criminal charge by arguing that the law under which the charge is brought is constitutionally invalid. [Emphasis added.]

échéant, peut-elle bénéficier de la conclusion selon laquelle les dispositions portent atteinte aux droits constitutionnels d'une personne physique?

a La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en «reformulant» l'infraction, c'est-à-dire en n'invalidant que les al. c) et d) du par. 37.3(2) et en supprimant les mots «elle prouve que» plutôt que de déclarer toute la disposition inopérante?

Analyse

Wholesale Travel Group Inc. a-t-elle qualité pour soulever la question constitutionnelle et peut-elle bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité?

Notre Cour a conclu à maintes reprises qu'une personne morale accusée d'une infraction a «qualité» pour contester la constitutionnalité de l'infraction (applicable à une personne physique) pour sa propre défense. Dans l'arrêt *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, une personne morale accusée de s'être illégalement livrée à la vente de marchandises le dimanche, infraction prévue à la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, a invoqué avec succès l'al. 2a) de la *Charte* pour faire invalider la Loi et a été acquittée parce que la Loi, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, était inopérante. La majorité, par la voix du juge en chef Dickson, a reconnu qu'une personne morale ne pouvait pas jouir de la liberté de religion, mais elle a déclaré que cela était sans importance quant au fond de l'affaire. Le juge en chef Dickson dit, aux pp. 313 et 314:

L'article 52 énonce le principe fondamental du droit constitutionnel, savoir la suprématie de la Constitution. De ce principe il découle indubitablement que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Ce n'est pas volontairement, à titre de citoyen intéressé qui demande qu'une loi soit déclarée inconstitutionnelle, que l'intimée se trouve devant les tribunaux. S'il s'était agi de ce genre de «litige d'intérêt public», elle aurait eu à satisfaire aux exigences relatives à la qualité pour agir que cette Cour a établies dans les trois arrêts suivants [. . .] Toutefois, ce n'est pas la raison pour laquelle elle s'est présentée en Cour.

Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle. [Je souligne.]

Thus, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, the corporation clearly benefitted from the holding that the *Lord's Day Act* was constitutionally invalid because it violated an individual's right to freedom of religion.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, this Court held that only human beings can enjoy the right to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*, and that a corporation was therefore unable to seek a declaration that certain provisions of the *Consumer Protection Act* infringed s. 7 of the *Charter* and could not be upheld under s. 1 of the *Charter*. However, the majority was careful to note that there were no penal proceedings pending in the case and that the principle enunciated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* was therefore not involved.

Finally, in this Court's recent decision in *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705, Justice Cory (for the Court) referred at p. 709 to the holding in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* as an "exception to this general principle" that a corporation cannot avail itself of the protection offered by s. 7 of the *Charter*.

A number of parties contended, in oral argument, that while this Court has held that a corporation which has been charged with a penal provision has standing to challenge the constitutionality of that provision, this does not necessarily mean that the corporation can benefit from a finding that the provision violates a human being's constitutional rights. In other words, when a corporation's constitutional challenge gives rise to a finding that a statutory provision violates a human being's *Charter* rights, the appropriate remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* is that the provision is of no force or effect with respect to human beings (because this is the extent of the inconsistency between the Constitution and the law), but the provision remains of force and effect with respect to corporations (because the provi-

Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la société a nettement pu bénéficier de la conclusion selon laquelle la *Loi sur le dimanche* était inconstitutionnelle parce qu'elle violait le droit d'une personne physique à la liberté de religion.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, notre Cour a décidé que seuls les êtres humains pouvaient jouir du droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte* et qu'une personne morale ne pouvait donc pas demander que le tribunal déclare que certaines dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte* et ne peuvent être déclarées valides en vertu de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, la majorité a pris soin de souligner qu'il n'y avait pas de poursuite pénale en cours et que le principe formulé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* n'entraîne donc pas en jeu.

En dernier lieu, dans l'arrêt récent de notre Cour *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705, le juge Cory (au nom de la Cour) qualifie, à la p. 709, la conclusion tirée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* d'«exception à ce principe général» qui veut qu'une personne morale ne puisse pas se prévaloir de la protection de l'art. 7 de la *Charte*.

Plusieurs parties ont soutenu au cours des débats que si notre Cour a conclu qu'une personne morale inculpée en vertu d'une disposition pénale a qualité pour contester la constitutionnalité de cette disposition, cela ne signifie pas nécessairement qu'une personne morale peut bénéficier de la conclusion selon laquelle la disposition porte atteinte aux droits constitutionnels d'une personne physique. Autrement dit, si par suite de la demande de déclaration d'inconstitutionnalité présentée par une personne morale, le tribunal conclut qu'une disposition de la loi porte atteinte aux droits d'une personne physique garantis par la *Charte*, la réparation qui s'impose aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, est que la disposition est inopérante en ce qui concerne les personnes physiques (parce que c'est dans cette mesure que la règle de droit est incompatible avec la Constitution), mais qu'elle reste opérante au regard

sion as applied to corporations is not inconsistent with the Constitution).

Such an interpretation of the words “to the extent of the inconsistency” contained in s. 52(1) would be inconsistent with this Court’s holding in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, and would not accord with this Court’s general approach to s. 52(1). For example, in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court restored Dr. Morgentaler’s acquittal on the basis that s. 251 (the abortion provision) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, limited women’s rights under s. 7 of the *Charter*, could not be upheld under s. 1 and was therefore of no force or effect. Dr. Morgentaler, as an accused person, was entitled to challenge the constitutionality of s. 251 on the basis that it violated women’s *Charter* rights. Moreover, he was entitled to benefit from the finding that the provision was inconsistent with the Constitution and was, therefore, of no force or effect. I am not prepared to depart from this approach to s. 52(1).

Thus, it is my view that Wholesale Travel does have standing to challenge the constitutionality of the false/misleading advertising provisions under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and may benefit from a finding that these provisions are unconstitutional. However, this is not to say that if the same provisions were enacted so as to apply exclusively to corporations, a corporation would be entitled to raise the *Charter* arguments which have been raised in the case at bar. The problem with ss. 36(1) and 37.3(2) of the *Competition Act* is that they are worded so as to encompass both individual and corporate accused; in this sense, they are “over-inclusive”. Therefore, if the provisions violate an individual’s *Charter* rights they must be struck down (to the extent of the inconsistency) under s. 52(1). Once the provisions are held to be of no force or effect, they cannot apply to any accused, whether corporate or individual. While this result must follow from a finding that an over-inclusive statutory provision violates *Charter* rights, I do not wish to be taken as having ruled on the issue of the appropriate remedy where an under-inclusive statutory provision (e.g., one which confers a benefit to some but not to others) is found to violate *Charter*

des personnes morales (parce que la disposition appliquée aux personnes morales n’est pas incompatible avec la Constitution).

^a Cette interprétation du mot «incompatible» employé au par. 52(1) contredirait l’arrêt de notre Cour *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, et ne s’accorderait pas avec l’analyse du par. 52(1) qu’a faite notre Cour. Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a rétabli l’acquiescement du Dr Morgentaler parce que l’art. 251 (la disposition relative à l’avortement) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, limitait les droits garantis aux femmes à l’art. 7 de la *Charte*, qu’il ne pouvait pas être justifié en vertu de l’article premier et qu’il était donc inopérant. Le Dr Morgentaler, à titre d’inculpé, avait le droit de contester la constitutionnalité de l’art. 251 pour la raison qu’il violait les droits des femmes garantis par la *Charte*. En outre, il avait le droit de bénéficier de la conclusion du tribunal selon laquelle la disposition était incompatible avec la Constitution et donc inopérante. Je ne suis pas disposé à m’écarter de cette interprétation du par. 52(1).

Je suis donc d’avis que Wholesale Travel a qualité pour contester la constitutionnalité des dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse en vertu de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte* et peut bénéficier de la déclaration d’inconstitutionnalité de ces dispositions. Toutefois, cela ne signifie pas que si ces mêmes dispositions visaient uniquement les personnes morales, une personne morale aurait le droit de faire valoir les arguments fondés sur la *Charte* qui ont été avancés en l’espèce. Le problème que posent les par. 36(1) et 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, est qu’ils visent tant les personnes physiques que les personnes morales; en ce sens, ils constituent des dispositions «de portée excessive». Par conséquent, si les dispositions portent atteinte aux droits d’une personne physique garantis par la *Charte*, elles doivent être invalidées (dans la mesure de l’incompatibilité) aux termes du par. 52(1). Une fois déclarées inopérantes, les dispositions ne peuvent s’appliquer à aucun inculpé, personne morale ou physique. C’est le résultat qui doit découler d’une conclusion selon laquelle une disposition de portée excessive viole les droits garantis par la *Charte*, mais je ne veux pas que l’on en déduise que j’ai tranché la question de la

rights. The question of the appropriate *Charter* remedy in such circumstances will be decided when the facts of the case raise the issue and the matter is fully argued before the Court.

As I have said, these provisions apply to both individual and corporate accused. However, if the provisions in question applied only to corporations, the *Charter* analysis would, in my view, be very different. For example, provisions which applied exclusively to corporations could not be challenged on the basis that they combined absolute liability with imprisonment, for the simple reason that a corporation cannot be imprisoned. Furthermore, as I stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518:

Even if it be decided that s. 7 does extend to corporations, I think the balancing under s. 1 of the public interest against the financial interests of a corporation would give very different results from that of balancing public interest and the liberty or security of the person of a human being.

In my opinion, when the criminal law is applied to a corporation, it loses much of its "criminal" nature and becomes, in essence, a "vigorous" form of administrative law. With the possibility of imprisonment removed, and the stigma which attaches to conviction effectively reduced to loss of money, the corporation is in a completely different situation than is an individual. While it might be argued that in closely held corporations, where there are only two or three shareholders who themselves manage the company, the stigma which attaches to the corporation will carry over to those individuals and will, therefore, affect human interests, it is my view that this consideration should not alter the analysis. The corporate form of business organization is chosen by individuals because of its numerous advantages (legal and otherwise). Those who cloak themselves in the corporate veil, and who rely on the legal distinction between themselves and the corporate entity when it

réparation appropriée dans le cas où le tribunal jugerait qu'une disposition de portée restreinte (p. ex. une disposition qui accorde un avantage à certains mais non à d'autres) porte atteinte à des droits garantis par la *Charte*. La question de la réparation appropriée sous le régime de la *Charte* eu égard à de telles circonstances sera tranchée quand les faits de l'espèce soulèveront cette question et que notre Cour aura entendu le débat complet sur l'affaire.

Je le répète, ces dispositions s'appliquent aux personnes accusées tant physiques que morales. Toutefois, si elles ne visaient que les personnes morales, l'analyse fondée sur la *Charte* serait, à mon sens, très différente. Par exemple, les dispositions qui ne s'appliqueraient qu'aux personnes morales ne pourraient être attaquées au motif qu'elles conjuguent responsabilité absolue et emprisonnement, pour la simple raison qu'une personne morale ne peut pas être emprisonnée. Au surplus, comme je l'ai dit dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 518:

Même si l'on décidait que l'art. 7 s'applique aux personnes morales, je crois que l'équilibre à réaliser, en vertu de l'article premier, entre l'intérêt public et les intérêts financiers d'une société donnerait des résultats très différents de ceux de l'équilibre à réaliser entre l'intérêt public et la liberté ou la sécurité d'une personne physique.

À mon avis, lorsque le droit pénal s'applique à une personne morale, il perd dans une large mesure son caractère «pénal» et devient, essentiellement, une forme «énergique» de droit administratif. Si la possibilité de l'emprisonnement est supprimée et si les stigmates qui se rattachent à la déclaration de culpabilité sont effectivement réduits à la perte d'argent, la personne morale se trouve dans une situation tout à fait différente de celle d'une personne physique. On pourrait certes soutenir que, dans le cas d'une société ayant peu d'actionnaires, soit deux ou trois personnes qui l'administrent elles-mêmes, les stigmates qui s'impriment sur la société sont reportés sur ces individus et ont un effet sur les droits de personnes physiques, mais, à mon avis, ce facteur ne doit pas modifier l'analyse. Les particuliers choisissent la constitution d'une société par actions parce qu'elle comporte de nombreux avantages (juridiques et autres). Ceux qui recourent au paravent de la person-

is to their benefit to do so, should not be allowed to deny this distinction in these circumstances (where the distinction is not to their benefit).

In summary, given that the false/misleading advertising provisions encompass both individual and corporate accused and given this Court's interpretation of s. 52(1), Wholesale Travel does have standing to challenge these provisions under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is entitled to benefit from a finding that the provisions violate a human being's constitutional rights.

Do ss. 36(1)(a) and 37.3(2) of the Competition Act Violate the Charter?

Section 7

In *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, this Court held that the combination of absolute liability and possible imprisonment violates s. 7 of the *Charter* and will rarely be upheld under s. 1. This is because an absolute liability offence has the potential of convicting a person who really has done nothing wrong (i.e., has acted neither intentionally nor negligently). In *R. v. Vaillancourt, supra*, I stated that whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state (or fault requirement) which is an essential element of the offence. *Re B.C. Motor Vehicle Act* inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence is required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. The rationale for elevating *mens rea* from a presumed element in *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, to a constitutionally required element, was that it is a principle of fundamental justice that the penalty imposed on an accused and the stigma which attaches to that penalty and/or to the conviction itself, necessitate a level of fault which reflects the particular nature of the crime. In *Vaillancourt*

nalité morale et qui invoquent la distinction juridique entre eux-mêmes et la personne morale quand ils peuvent en tirer profit, ne doivent pas être autorisés à nier cette distinction dans les circonstances qui nous occupent (lorsque la distinction n'opère pas à leur avantage).

En résumé, étant donné que les dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse visent tous les accusés, les personnes tant physiques que morales, et étant donné l'interprétation que notre Cour a donnée au par. 52(1), Wholesale Travel a qualité pour contester ces dispositions en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte* et a le droit de bénéficier de la conclusion selon laquelle les dispositions portent atteinte aux droits constitutionnels d'une personne physique.

L'alinéa 36(1)a) et le par. 37.3(2) de la Loi sur la concurrence violent-ils la Charte?

L'article 7

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, notre Cour a décidé que la conjugaison de la responsabilité absolue et de l'emprisonnement violait l'art. 7 de la *Charte* et sera rarement justifiée en vertu de l'article premier. C'est que l'infraction de responsabilité absolue risque d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne qui n'a réellement rien fait de mal (c'est-à-dire qu'elle n'a pas accompli d'acte intentionnel ou par négligence). Dans *R. c. Vaillancourt*, précité, j'ai dit que dans tous les cas où l'État recourt à une mesure privative de liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même s'il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal (ou d'une faute) chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence au moins est requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir invoquer au moins un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Si, de l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, la *mens*

court, this Court held that for certain crimes, the special nature of the stigma attaching to a conviction and/or the severity of the available punishment necessitate subjective mens rea. I stated, at p. 654:

It is thus clear that there must be some special mental element with respect to the death before a culpable homicide can be treated as a murder. That special mental element gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to a murder conviction. [Emphasis added.]

Thus, the question to be addressed under s. 7 in this case is whether the offence of false/misleading advertising is missing any "elements" (i.e., level of fault) which are constitutionally required by s. 7 of the *Charter*.

Given that the offence of false/misleading advertising is punishable by up to five years' imprisonment, it is clear from the developing jurisprudence of this Court that the offence must not be one of absolute liability and that it commands a minimum fault requirement of negligence, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused in order for the provision to conform to the requirements of s. 7 of the *Charter*. Therefore, it will be necessary to examine the components of s. 37.3(2) ((a) through (d)) in order to determine whether they, in fact, provide a defence of due diligence to an accused.

Before addressing this question however, it is necessary to address a further argument put forward by the appellant, Wholesale Travel. Counsel for Wholesale Travel has argued that the offence of false/misleading advertising is one of those offences, contemplated by this Court in *Vaillancourt*, for which the special nature of the stigma attaching to a conviction and/or the severity of the available punishment is such that subjective mens rea is constitutionally required by s. 7.

rea est devenue un élément requis par la Constitution, c'est qu'en raison des principes de justice fondamentale, la peine infligée et les stigmates qui se rattachent à cette peine ou à la déclaration de culpabilité commandent un degré de faute qui reflète la nature particulière du crime en question. Dans l'arrêt *Vaillancourt*, notre Cour a décidé qu'en ce qui a trait à certains crimes, la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité ou la sévérité de la peine commandent une *mens rea* subjective. J'ai dit, à la p. 654:

Il est ainsi évident qu'il doit exister quelque élément moral spécial concernant la mort pour qu'un homicide coupable puisse être considéré comme un meurtre. Cet élément moral spécial engendre la réprobation morale qui justifie les stigmates et la sentence liés à une déclaration de culpabilité de meurtre. [Je souligne.]

Ainsi, la question qu'il faut trancher en l'espèce au regard de l'art. 7 est de savoir si l'infraction de publicité fausse ou trompeuse écarte l'un des «éléments» (c'est-à-dire le degré de faute) requis sur le plan constitutionnel par l'art. 7 de la *Charte*.

Étant donné que l'infraction de publicité fausse ou trompeuse est assortie d'une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, il ressort à l'évidence de la jurisprudence de notre Cour qu'elle ne doit pas être une infraction de responsabilité absolue et qu'elle commande à tout le moins une faute de négligence, c'est-à-dire que l'accusé doit au moins pouvoir invoquer un moyen de défense de diligence raisonnable pour que la disposition soit conforme aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*. Par conséquent, il sera nécessaire d'examiner les éléments du par. 37.3(2) (les al. a) à d)) afin de déterminer s'ils prévoient en fait une défense de diligence raisonnable.

Avant d'étudier cette question, cependant, il est nécessaire d'examiner un autre argument avancé par l'appelante, Wholesale Travel. Son avocat a affirmé que l'infraction de publicité fausse ou trompeuse est l'une de ces infractions, dont notre Cour a parlé dans l'arrêt *Vaillancourt*, pour lesquelles l'art. 7 commande, sur le plan constitutionnel, une *mens rea* subjective, vu la sévérité de la peine ou la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité.

Counsel for Wholesale Travel argued that the stigma attaching to a conviction of false/misleading advertising is akin to the stigma of dishonesty which attaches to a conviction of theft. Given that the stigma attaching to theft was explicitly contemplated in *Vaillancourt* as one which may well necessitate a subjective *mens rea*, it was argued that the offence of false/misleading advertising also requires an element of subjective *mens rea* in order to comply with the principles of fundamental justice. In my view, while a conviction for false/misleading advertising carries some stigma, in the sense that it is not morally neutral behaviour, it cannot be said that the stigma associated with this offence is analogous to the stigma of dishonesty which attaches to a conviction for theft. A conviction for false/misleading advertising will rest on a variety of facts, many of which will not reveal any dishonesty but, rather, carelessness and the conviction of same does not brand the accused as being dishonest. In my opinion, the same cannot be said for a conviction for theft.

Thus, while it is clear that there are some offences for which the special stigma attaching to conviction is such that subjective *mens rea* is necessary in order to establish the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence, the offence of false/misleading advertising is not such an offence. I note that the general question of the appropriate standard of fault was recently addressed, in relation to provincial offences, by the Ontario Law Reform Commission in its *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). The Commission was of the view that "mere carelessness should not result in a prison sentence" (at p. 46) and recommended that where the possibility of imprisonment arises upon conviction of a provincial offence, the standard of fault must be more than ordinary negligence and must be either an aware state of mind (subjective *mens rea*) or a "marked and substantial departure from the standard of care expected of a reasonably prudent person in the circumstances" (at p. 46). The Law Reform Com-

L'avocat de Wholesale Travel a soutenu que les stigmates liés à une déclaration de culpabilité, dans le cas de l'infraction de publicité fausse ou trompeuse, ressemblent à ceux qui sont associés à la malhonnêteté et qui se rattachent à une déclaration de culpabilité dans le cas d'un vol. Étant donné que les stigmates qui se rattachent au vol ont été explicitement rangés, dans l'arrêt *Vaillancourt*, parmi ceux qui peuvent bien commander une *mens rea* subjective, il a affirmé que l'infraction de publicité fausse ou trompeuse exige aussi qu'une *mens rea* subjective soit un élément de l'infraction afin que les principes de justice fondamentale soient respectés. À mon avis, si une déclaration de culpabilité à l'égard de la publicité fausse ou trompeuse entraîne certains stigmates, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'une conduite moralement neutre, on ne saurait cependant affirmer que les stigmates liés à cette infraction sont analogues à ceux de la malhonnêteté, qui se rattachent à une déclaration de culpabilité à l'égard d'un vol. Dans le cas de la publicité fausse ou trompeuse, la déclaration de culpabilité repose sur divers faits, dont un bon nombre ne participent pas de la malhonnêteté, mais plutôt de l'insouciance, et la déclaration de culpabilité à cet égard ne donne pas à l'accusé l'étiquette de la malhonnêteté. Selon moi, on ne peut pas en dire autant de la déclaration de culpabilité à l'égard d'un vol.

Par conséquent, il y a de toute évidence certaines infractions pour lesquelles les stigmates particuliers liés à la déclaration de culpabilité sont de telle nature qu'il faut une *mens rea* subjective pour établir la réprobation morale qui justifie les stigmates et la peine, mais l'infraction de publicité fausse ou trompeuse ne peut pas être classée dans cette catégorie. Je remarque que la question générale de la norme de faute appropriée a été étudiée récemment, à propos de infractions provinciales, par la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). La Commission a estimé que [TRADUCTION] «la simple insouciance ne doit pas entraîner de peine d'emprisonnement» (à la p. 46) et elle a recommandé que, dans les cas où une déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction provinciale risque d'entraîner l'emprisonnement, la norme de faute doit dépasser la négligence ordinaire et doit consister soit dans la conscience (*mens rea* subjective) soit dans un [TRA-

mission of Canada made a similar recommendation in its earlier Working Paper 2, *The Meaning of Guilt—Strict Liability* (1974), wherein the Commission stated that for regulatory offences allowing for a defence of due diligence with a reverse onus of proof, “imprisonment should generally be excluded as a punishment, though regulatory offences committed deliberately or recklessly could, in appropriate cases, constitute offences under the Code and merit imprisonment” (at p. 37). It must be remembered that in making these recommendations, the Law Reform Commissions were advising their respective governments on matters of policy. Conversely, the question raised in the appeal before this Court is not what is the most appropriate government policy, but rather, what fault requirement is constitutionally required where an accused faces possible imprisonment. While an aware state of mind may well be the most appropriate minimum standard of fault for imprisonment or for any offence included in the *Criminal Code*, a matter upon which I refrain from expressing any view, it does not follow that this standard of fault is entrenched in the *Charter*. As I stated in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, “the Constitution does not always guarantee the “ideal””. As this Court stated in *Vaillancourt*, *supra*, the principles of fundamental justice dictate that negligence is the minimum fault requirement where an accused faces possible imprisonment upon conviction except for certain offences such as murder. For the reasons given above, it is my view that s. 7 of the *Charter* does not dictate the higher fault requirement contemplated by the Ontario Law Reform Commission for the offence of false/misleading advertising. Whether a fault requirement higher than this constitutional minimum ought to be adopted where an accused faces possible imprisonment or conviction of any offence under the *Criminal Code* is a question of public policy which must be determined by Parliament, and for the courts to pronounce upon this would be contrary to what this Court has said in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 498-99: that we refrain from “adjudicating upon the merits or wisdom of enactments”. It is not the role of this Court to “sec-

DUCTION] «écart marqué et important par rapport à la norme de diligence applicable à une personne raisonnablement prudente dans les circonstances» (à la p. 46). La Commission de réforme du droit du Canada avait présenté une proposition semblable dans son document de travail 2, intitulé *La notion de blâme – La responsabilité stricte*(1974), disant que, dans le domaine des infractions à la réglementation, la défense de diligence raisonnable serait permise, la charge de prouver celle-ci incombant au prévenu, et «l'emprisonnement [. . .] devrait [. . .] être exclu dans la plupart des cas encore que, dans les cas appropriés, les infractions réglementaires commises d'une façon délibérée ou insouciance pourraient constituer des infractions prévues par le Code criminel et mériter l'emprisonnement» (à la p. 43). Il ne faut pas oublier qu'en formulant ces recommandations, les commissions de réforme du droit conseillaient leur gouvernement respectif sur des questions de principe. Par contre, la question soulevée devant notre Cour ne se rapporte pas à la politique la plus appropriée que devrait adopter le gouvernement, mais plutôt à l'exigence en matière de faute qui est requise sur le plan constitutionnel lorsque l'accusé risque l'emprisonnement. La conscience peut bien représenter la norme minimale de faute dans les cas d'emprisonnement ou pour toute infraction prévue au *Code criminel*— question sur laquelle je m'abstiens de me prononcer—, mais il ne s'ensuit pas que cette norme de faute soit consacrée par la *Charte*. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»». Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, les principes de justice fondamentale commandent que la négligence soit le degré de faute minimal quand l'accusé risque d'être condamné à l'emprisonnement, sauf quant à certaines infractions, comme le meurtre. Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis que l'art. 7 de la *Charte* n'exige pas le degré de faute plus élevé envisagé par la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans le cas de l'infraction de publicité fausse ou trompeuse. La question de savoir si une norme de faute plus sévère que ce minimum requis par la Constitution devrait être retenue dans les cas où l'accusé risque l'emprisonnement ou une déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction prévue au *Code criminel* est une question d'ordre public qu'il appartient

ond guess” the policy decisions made by elected officials.

Therefore, an element of subjective *mens rea* is not required by s. 7 of the *Charter* and the provisions in question are not inconsistent with s. 7 on the basis that they do not require intent or knowledge on the part of an accused. I turn now to the question posed above: namely, do paras. (a) through (d) of s. 37.3(2) provide an accused with a defence of due diligence?

Section 37.3(2) (a) through (d) sets out the only defence, under the Act, to false/misleading advertising, once it has been established that the advertisement is objectively false or misleading (i.e., once the *actus reus* is established). It is clear from the inclusion of the word “and” after s. 37.3(2)(c) that all four components of s. 37.3(2) must be established in order for the accused to be acquitted. While the Crown has suggested that, in certain circumstances, only paras. (a) and (b) must be fulfilled (relying on certain *dicta* of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Consumers Distributing Co.*, *supra*, it is my respectful view that this is an incorrect interpretation of the provision.

Thus, the question becomes whether a situation could arise where an accused would be unable to establish all four components of s. 37.3(2) but would nonetheless be duly diligent (i.e., not negligent). If the answer to this question is yes, it means that the constitutionally required element of negligence is not fulfilled by the statutory defence contained in s. 37.3(2).

The Crown has conceded that the statutory defence afforded by s. 37.3(2) is “more restricted” than the common law defence of due diligence, but nonethe-

au Parlement de trancher et, en se prononçant sur cette question, les tribunaux dérogeraient au principe énoncé par notre Cour dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, aux pp. 498 et 499, c’est-à-dire que nous devons éviter de nous «prononcer sur le bien-fondé ou la sagesse des lois». Il n’appartient pas à notre Cour de «conjecturer rétrospectivement» sur les décisions de principe prises par les représentants élus du peuple.

Par conséquent, l’art. 7 de la *Charte* n’exige pas qu’une *mens rea* subjective soit un élément de l’infraction et les dispositions en question ne sont pas incompatibles avec l’art. 7 du fait qu’elles n’exigent pas l’intention ou la connaissance de la part de l’accusé. Je vais maintenant aborder la question posée précédemment: savoir, les al. a) à d) du par. 37.3(2) permettent-ils à l’accusé de faire valoir la défense de diligence raisonnable?

Les alinéas a) à d) du par. 37.3(2) énoncent le seul moyen de défense, prévu par la Loi, opposable à l’accusation de publicité fautive ou trompeuse, une fois qu’il a été établi que la publicité est objectivement fautive ou trompeuse (c’est-à-dire une fois l’*actus reus* prouvé). On peut de toute évidence conclure de l’insertion du mot «et» après l’al. 37.3(2)c) que, pour obtenir l’acquiescement, l’accusé doit établir les quatre éléments du par. 37.3(2). Le ministère public a indiqué que, dans certaines circonstances, il suffisait de remplir les conditions des al. a) et b) (en se fondant sur des opinions incidentes émises par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. v. Consumers Distributing Co.*, précité, mais j’estime, avec égards, qu’il s’agit là d’une mauvaise interprétation de la disposition.

Ainsi, la question qu’il faut se poser est celle-ci: se peut-il qu’un accusé, incapable d’établir les quatre éléments du par. 37.3(2), ait tout de même fait preuve de diligence raisonnable (c’est-à-dire qu’il n’a pas été négligent)? Si l’on répond à cette question par l’affirmative, cela signifie que le moyen de défense énoncé au par. 37.3(2) ne répond pas à l’élément relatif à la négligence requis sur le plan constitutionnel.

Le ministère public a admis que le moyen de défense prévu au par. 37.3(2) est [TRADUCTION] «plus restreint» que la défense de diligence raisonnable

less argues that the limited nature of the statutory defence does not render it unconstitutional. Although paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) refer specifically to an "error" and to the exercise of due diligence to prevent an "error", they, in my view, largely correspond to the usual due diligence defence. In other words, paras. (a) and (b) operate so as to provide a defence to an accused who has taken reasonable precautions to prevent false/misleading advertising and who has been duly diligent in ensuring that advertising is not false or misleading in nature. However, the additional requirement of "timely retraction" embodied in paras. (c) and (d) means that the statutory defence is considerably more narrow than the common law defence of due diligence.

An accused who did not realize, and could not reasonably have been expected to realize, that the representation in question was false or misleading until it was too late to comply with paras. (c) and (d) or who was, for some reason, unable to comply with paras. (c) and (d), but who had nonetheless taken reasonable precautions and who had exercised due diligence in preventing false/misleading advertising, would not fall within the statutory defence and would be convicted of false/misleading advertising. I agree with the majority of the Ontario Court of Appeal that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) could have the effect of depriving an accused of the defence of due diligence and could therefore require the conviction of an accused who was not negligent. Paragraphs (c) and (d) make the failure to undertake corrective advertising (a component of the offence of false/misleading advertising) an "offence" of absolute liability. Consequently, the constitutionally required fault level is not present in the false/misleading advertising provisions.

In light of the above discussion, I agree with the majority of the Court of Appeal that it is the presence of paras. (c) and (d) alone which offends s. 7 of the *Charter*. Thus, unless the limitation on s. 7 can be

reconnue par la common law, mais soutient néanmoins que le moyen de défense prévu par la Loi n'est pas inconstitutionnel malgré son caractère limité. Quoique les al. a) et b) du par. 37.3(2) fassent mention expressément d'une «erreur» et de la diligence manifestée pour prévenir cette «erreur», ils correspondent dans une large mesure, à mon sens, à la défense habituelle de diligence raisonnable. Autrement dit, les al. a) et b) ont pour effet de permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense s'il a pris des précautions raisonnables pour prévenir la publicité fausse ou trompeuse et s'il a fait preuve de diligence pour s'assurer que la publicité ne serait ni fausse ni trompeuse. Toutefois, l'élément supplémentaire concernant la «rétractation sans délai», qui est ajouté aux al. c) et d), signifie que la défense prévue par la Loi est beaucoup plus restreinte que la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law.

L'accusé qui ne s'est pas rendu compte, et ne pouvait normalement se rendre compte, que les indications en question étaient fausses ou trompeuses avant qu'il ne fût trop tard pour se conformer aux al. c) et d) ou qui, pour une raison quelconque, a été incapable de se conformer aux al. c) et d), mais avait néanmoins pris des précautions raisonnables et avait fait preuve de diligence pour prévenir la publicité fausse ou trompeuse, ne remplirait pas les conditions du moyen de défense prévu par la Loi et serait déclaré coupable de publicité fausse ou trompeuse. Je souscris à l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario selon lequel les al. c) et d) du par. 37.3(2) pourraient avoir pour effet de priver l'accusé de la défense de diligence raisonnable et obligeraient donc à déclarer coupable l'accusé qui n'a pas été négligent. Les alinéas c) et d) érigent l'omission de présenter une publicité corrective (élément de l'infraction de publicité fausse ou trompeuse) en une «infraction» de responsabilité absolue. Par conséquent, l'exigence constitutionnelle en matière de faute est absente des dispositions relatives à la publicité fausse ou trompeuse.

Compte tenu de l'analyse qui précède, je souscris à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel selon laquelle ce sont les al. c) et d) seulement qui transgressent l'art. 7 de la *Charte*. Ainsi, à moins que la

upheld under s. 1 of the *Charter*, these two paragraphs must be held to be of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The Crown, along with a number of interveners, has argued that this result should not necessarily follow where the offence in question is a “regulatory offence” as opposed to a criminal offence and that the constitutional fault requirement, as contemplated by *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt*, should not necessarily apply in a regulatory setting. Much has been made in this case of the fact that the *Competition Act* is aimed at economic regulation. In my view, whether this offence (or the Act generally) is better characterized as “criminal” or “regulatory” is not the issue. The focus of the analysis in *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* was on the use of imprisonment to enforce the prohibition of certain behaviour or activity. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. Jail is jail, whatever the reason for it. In my view, it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the principles of fundamental justice. I cannot agree that these principles take on a different meaning simply because the offence can be labelled as “regulatory”. Indeed, while I agree that this offence can be characterized as “regulatory”, the label loses much of its relevance when one considers that an accused faces up to five years’ imprisonment upon conviction.

While a regulatory context may well influence the *Charter* analysis in particular cases (see the judgment of La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425), it is my view that the jurisprudence of this Court indicates that negligence is the minimum

restriction apportée à l’art. 7 ne soit justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*, ces deux alinéas doivent être déclarés inopérants, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le ministère public, ainsi qu’un certain nombre d’intervenants, ont affirmé que ce résultat ne doit pas nécessairement s’ensuivre si l’infraction en cause est une «infraction réglementaire» par opposition à une infraction pénale et que l’exigence constitutionnelle en matière de faute, prévue dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l’arrêt *Vaillancourt*, ne doit pas nécessairement s’appliquer dans le contexte réglementaire. On a fait grand cas en l’espèce du fait que l’objet de la *Loi sur la concurrence* est la réglementation économique. À mon avis, la question n’est pas de savoir si cette infraction (ou la Loi en général) doit être qualifiée de «pénale» ou de «réglementaire». Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et l’arrêt *Vaillancourt*, l’analyse portait avant tout sur le recours à l’emprisonnement pour faire respecter l’interdiction de certains actes ou activités. La personne privée de sa liberté par l’emprisonnement n’est pas privée de moins de liberté parce qu’elle a été punie en raison de la perpétration d’une infraction réglementaire et non d’un crime. L’emprisonnement, c’est l’emprisonnement, peu importe la raison. À mon sens, c’est le fait que l’État a infligé une peine privative de liberté, en l’occurrence l’emprisonnement, pour faire respecter la loi qui est décisif du point de vue des principes de justice fondamentale. Je ne saurais accepter que ces principes doivent être interprétés différemment du simple fait que l’infraction peut être qualifiée de «réglementaire». En fait, je reconnais que cette infraction peut être rangée parmi les infractions «réglementaires», mais il reste que la qualification perd dans une large mesure sa pertinence si l’on tient compte du fait que l’accusé est passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans s’il est déclaré coupable.

Certes, le contexte réglementaire peut bien influencer l’analyse fondée sur la *Charte* dans certains cas (voir l’opinion du juge La Forest dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425), mais je suis d’avis que la jurisprudence de notre Cour

level of fault which will accord with s. 7 of the *Charter* whenever a conviction gives rise to imprisonment.

In light of the above, I will now consider whether paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) can be upheld as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Section 1

The procedure to be followed when the state is attempting to justify a limit on a right or freedom under s. 1 was set out by this Court in *Oakes, supra*, and was summarized in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, as follows at pp. 1335-36:

1. The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; it must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

2. Assuming that a sufficiently important objective has been established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test; that is to say they must:

(a) be "rationally connected" to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;

(b) impair the right or freedom in question as "little as possible"; and

(c) be such that their effects on the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective.

Objective

The Crown submits that the objective of the law is to promote vigorous and fair competition. While this may well be the overall objective of the *Competition Act* in general, it is my view that the objective of the modified due diligence defence embodied by paras. (c) and (d) is significantly more narrow than that which the Crown has stated.

indique que la négligence est le degré minimum de faute qui est conforme à l'art. 7 de la *Charte* dans tous les cas où une déclaration de culpabilité peut entraîner l'emprisonnement.

a

Compte tenu de ce qui précède, je vais maintenant décider si les al. c) et d) du par. 37.3(2) peuvent être tenus pour une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

b

L'article premier

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, notre Cour a indiqué les étapes à suivre lorsque l'État cherche à justifier, en vertu de l'article premier, la limite imposée à un droit ou une liberté; elles sont résumées dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, aux pp. 1335 et 1336:

d

1. L'objectif que vise la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution; il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important;

e

2. En présumant qu'a été établi le caractère suffisamment important d'un objectif, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent satisfaire au critère de la proportionnalité, en ce sens qu'ils doivent:

f

(a) avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles;

g

(b) porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question; et

h

(c) être de telle nature que leurs effets sur la restriction des droits et libertés sont proportionnels à l'objectif.

L'objectif

Le ministère public soutient que l'objectif de la Loi est de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale. Certes, c'est peut-être bien l'objectif global de la *Loi sur la concurrence*, mais à mon sens, l'objectif du moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu'énoncent les al. c) et d) est considérablement plus étroit que celui qu'a formulé le ministère public.

The Crown has argued that “corrective advertising” requirements are necessary to prevent undue harm to consumers and to prevent advertisers from reaping an economic windfall from a false or misleading representation. The Crown points out that while the offence of false/misleading advertising may be complete as soon as a representation is made, the detrimental effects of this advertising may persist until corrective measures are taken. In other words, the dual objectives of the modified due diligence defence are both to protect consumers from the effects of false/misleading advertising and to prevent false/misleading advertisers from reaping the benefits of false/misleading advertising. Furthermore, to the extent that the modified due diligence defence renders a component of the offence one of absolute liability, it facilitates proof of the offence of false/misleading advertising and thereby eases the “burden” on the Crown.

While the Crown submitted little evidence at trial to directly support the contention that these objectives are “pressing and substantial”, I am prepared to accept that preventing false/misleading advertisers from benefiting from false/misleading advertising and protecting consumers from the detrimental effects of false/misleading advertising is sufficiently important to warrant overriding constitutionally protected rights and freedoms. It remains to be seen, however, whether the means chosen by Parliament to achieve this objective pass the “proportionality test” set out in *Oakes, supra*.

Given that all four components of s. 37.3(2) must be established in order for an accused to be acquitted on the basis of due diligence, paras. (c) and (d) will not be triggered unless it has already been established that the accused was duly diligent in preventing the false/misleading advertisement (i.e., under paras. (a) and (b)). With this in mind, the means chosen by Parliament to achieve the objectives set out above can be characterized as follows: to convict those who would otherwise be acquitted under paras. (a) and (b) but who did not undertake corrective advertising “forthwith” after the representation was published whether

Le ministère public a affirmé que les exigences touchant la «publicité corrective» sont nécessaires pour éviter que les consommateurs ne subissent un préjudice indu et pour empêcher les annonceurs de tirer des bénéfices injustifiés d’indications fausses ou trompeuses. Le ministère public souligne que, si l’infraction de publicité fausse ou trompeuse peut être consommée dès que des indications sont données, les effets préjudiciables de cette publicité peuvent persister tant que des mesures correctives n’ont pas été prises. Autrement dit, le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable a pour double objectif de protéger les consommateurs contre les effets de la publicité fausse ou trompeuse et d’empêcher les annonceurs de tirer profit d’une telle publicité. En outre, dans la mesure où le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable érige l’un des éléments de l’infraction de publicité fausse ou trompeuse en infraction de responsabilité absolue, il en facilite la preuve et allège par le fait même la «charge» du ministère public.

Le ministère public a présenté peu d’éléments de preuve au procès pour étayer directement son argument selon lequel ces objectifs sont «urgents et réels», mais je suis disposé à accepter que l’objectif d’empêcher les annonceurs qui donnent des indications fausses ou trompeuses de tirer profit de cette publicité et celui de protéger les consommateurs contre ses effets préjudiciables sont suffisamment importants pour justifier la suppression d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution. Il reste cependant à voir si les moyens choisis par le Parlement pour réaliser cet objectif respectent le «critère de la proportionnalité» énoncé dans l’arrêt *Oakes*, précité.

Étant donné que, pour être acquitté en raison de sa diligence raisonnable, l’accusé doit faire la preuve des quatre éléments du par. 37.3(2), les al. c) et d) n’entrent en jeu que s’il a déjà été établi que l’accusé a fait preuve de diligence afin de prévenir la publicité fausse ou trompeuse (c’est-à-dire en conformité avec les al. a) et b)). Si l’on tient compte de cela, le moyen choisi par le Parlement pour réaliser les objectifs énoncés ci-dessus peut être ainsi formulé: déclarer coupables ceux qui seraient par ailleurs acquittés en vertu des al. a) ou b), mais qui n’ont pas fait de publicité corrective «sans délai» après la publication des

or not they knew or ought to have discovered that a correction was required because the advertisement was, in fact, false or misleading. In other words, the means chosen by Parliament to achieve the dual objectives was to make the “failure to undertake corrective advertising” component of the offence one of absolute liability, thereby facilitating proof of the offence.

These, then, are the means which must be justified under the proportionality test which was set out in *Oakes, supra*.

Proportionality Test

1. Rational Connection

The question to be addressed at this stage of the *Oakes* analysis is whether there is a rational connection between the objectives, which were identified above under the first branch of the test, and the means which have been chosen to attain these objectives.

Requiring an accused to make a “timely retraction” of the representation in question, in order to avail itself of the only statutory defence to the offence of false/misleading advertising, will surely encourage advertisers to undertake “corrective advertising” as soon as they discover there may be a problem with the advertisement. This, in turn, will lessen the detrimental effects on consumers and will reduce the gains to advertisers from false/misleading advertisements. Of course, these means will not encourage those who do not know that there is a problem to undertake corrective advertising. A person who doesn’t think that an advertisement is false or misleading or who is not aware of an error will not contemplate the statutory defence nor will that person contemplate taking corrective measures. Thus, the means are a rational way of achieving these objectives with respect to some accused, but not with respect to others.

These means will, however, clearly facilitate proof of the offence of false/misleading advertising. Assuming that part of Parliament’s objective in enacting paras. (c) and (d) was to facilitate convic-

indications, peu importe qu’ils aient su ou qu’ils eussent dû s’apercevoir qu’une correction était nécessaire parce que la publicité était, de fait, fausse ou trompeuse. Autrement dit, le moyen choisi par le Parlement pour réaliser le double objectif a été le suivant: ériger l’élément de l’infraction consistant dans «l’omission de faire une publicité corrective» en une infraction de responsabilité absolue, facilitant ainsi la preuve de l’infraction.

Voilà donc le moyen qui doit être justifié selon le critère de la proportionnalité énoncé dans l’arrêt *Oakes*, précité.

Le critère de la proportionnalité

1. Le lien rationnel

À cette étape de l’analyse commandée par l’arrêt *Oakes*, il faut se demander s’il y a un lien rationnel entre les objectifs exposés ci-dessus relativement au premier volet du critère et le moyen choisi pour les réaliser.

Obliger l’accusé à faire une «rétractation sans délai» des indications en cause, afin de se prévaloir de la seule défense opposable à l’accusation de publicité fausse ou trompeuse, encouragera sûrement les annonceurs à faire une «publicité corrective» dès qu’ils s’apercevront que la publicité pose peut-être un problème. Cette obligation diminuera en outre les effets préjudiciables sur les consommateurs et réduira les avantages que les annonceurs tireraient de la publicité fausse ou trompeuse. Bien entendu, ce moyen n’encouragera pas à faire une publicité corrective ceux qui ignorent l’existence du problème. La personne qui ne pense pas qu’une publicité est fausse ou trompeuse ou qui n’a pas connaissance d’une erreur n’envisagera pas la défense ni la prise de mesures correctives. Par conséquent, le moyen utilisé est une façon rationnelle de réaliser ces objectifs dans le cas de certains accusés, mais non pas en ce qui concerne les autres.

De toute évidence, cependant, ce moyen facilitera la preuve de l’infraction de publicité fausse ou trompeuse. Si l’on suppose que l’objectif du Parlement, lorsqu’il a adopté les al. c) et d), a été en partie de

tions of false/misleading advertising, the means chosen are rationally connected to this objective.

It has been further suggested that an absolute liability approach to the failure to undertake corrective advertising will generally encourage all advertisers to be careful about their future advertisements. In my view, this argument ignores the fact that those accused persons who are “caught” by paras. (c) and (d) are persons who have been duly diligent in preventing false/misleading advertising. Had these individuals not been duly diligent in preventing false advertising, they would have been “caught” by paras. (a) and (b). I cannot see how removing the statutory defence from these individuals, who have been careful, will encourage other advertisers to be careful. Other advertisers will merely perceive that whether or not they are careful in preventing false/misleading advertising, they will be convicted of false/misleading advertising if the representation is, in fact, false or misleading and they failed to undertake corrective advertising “forthwith”—whether or not they knew or ought to have discovered that the advertisement was false/misleading.

Taking all of the above into account, there is, in my view, a rational connection between the objectives and the means chosen to attain the objectives, and paras. (c) and (d) therefore pass the first part of the proportionality test in *Oakes*.

2. As Little as Possible

The question under this part of the proportionality test is whether the impugned law (in this case, the modified due diligence defence embodied in paras. (c) and (d) of s. 37.3(2)) violates *Charter* rights as little as possible in order to achieve the “pressing and substantial” objectives. In other words, while the means chosen may be rationally connected to the objectives, they may, at the same time, be unnecessarily intrusive on constitutional rights in light of alternative means.

faciliter la déclaration de culpabilité à l’égard de la publicité fausse ou trompeuse, les moyens choisis avaient un lien rationnel avec cet objectif.

On a indiqué en outre que la décision d’ériger l’omission de faire une publicité corrective en une infraction de responsabilité absolue encouragera de façon générale tous les annonceurs à être prudents en ce qui a trait à leur publicité future. À mon avis, cet argument ne tient pas compte du fait que les personnes accusées en vertu des al. c) et d) sont des personnes qui ont fait preuve de diligence raisonnable afin de prévenir la publicité fausse ou trompeuse. Si ces personnes n’avaient pas fait preuve de diligence raisonnable afin de prévenir la fausse publicité, elles auraient été visées par les al. a) et b). Je ne vois pas comment le fait de priver ces personnes, qui ont été prudentes, du moyen de défense prévu par la Loi encouragera les autres annonceurs à être prudents. Les autres annonceurs se rendront simplement compte que, peu importe qu’ils prennent des mesures pour prévenir la publicité fausse ou trompeuse, ils seront déclarés coupables de l’infraction si les indications sont, en fait, fausses ou trompeuses et s’ils n’ont pas fait «sans délai» une publicité corrective—peu importe qu’ils aient su ou qu’ils eussent dû s’apercevoir que la publicité était fausse ou trompeuse.

Compte tenu de tout ce qui précède, il y a, à mon sens, un lien rationnel entre les objectifs et le moyen choisi pour les réaliser, et les al. c) et d) respectent donc la première partie du critère de la proportionnalité énoncé dans l’arrêt *Oakes*.

2. L’atteinte minimale

La question qu’il faut se poser, selon cette partie du critère de la proportionnalité, est de savoir si la règle de droit contestée (en l’espèce, le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu’énoncent les al. c) et d) du par. 37.3(2)), porte le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte* en vue de réaliser les objectifs «urgents et réels». Autrement dit, si les moyens choisis ont peut-être bien un lien rationnel avec les objectifs, ils peuvent néanmoins porter atteinte inutilement aux droits garantis par la Constitution, compte tenu des autres moyens possibles.

In *R. v. Chaulk, supra*, I stated that while Parliament need not choose the absolutely least intrusive means of attaining its objective, the means chosen must come within a range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible. In my view, the modified due diligence defence embodied in paras. (c) and (d) does not fall within the constitutionally acceptable range.

It is not necessary to convict of false/misleading advertising those who did not undertake corrective advertising because they did not realize (and ought not to have realized) that the advertisement was false/misleading, in order to achieve the objectives set out above. If Parliament wished to encourage corrective advertising in order to meet the objectives set out above, it could have:

(a) enacted a separate offence of “failure to correct false/misleading advertising” under which an accused who discovers or who ought to have discovered that an advertisement was false or misleading is required to be duly diligent in taking the corrective measures set out in paras. (c) and (d) in order to come within the statutory defence to this offence; or

(b) maintained the component of “failure to correct false/misleading advertising” within the existing statutory defence to false advertising, but worded paras. (c) and (d) in such a way that the requirement for corrective advertising would arise upon the accused’s discovery that the advertisement was false or misleading (or upon a finding that the accused ought to have discovered that the advertisement was false/misleading).

In my view, either of these alternative means would, without convicting the innocent, achieve the objective of encouraging advertisers to undertake corrective advertising and would therefore achieve the dual objectives of protecting consumers from the effects of false advertising and of preventing advertisers from benefiting from false/misleading representations. Given that these two alternatives were clearly open to Parliament, it can be seen that the

Dans l’arrêt *R. c. Chaulk*, précité, j’ai dit que le législateur n’avait pas besoin de choisir le moyen le moins envahissant entre tous pour parvenir à son objectif, mais que le moyen choisi doit cependant entrer dans une gamme de moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte aux droits garantis par la *Charte*. À mon avis, le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu’énoncent les al. c) et d) ne rentre pas dans une gamme acceptable du point de vue constitutionnel.

Pour réaliser les objectifs qui précèdent, il n’est pas nécessaire de déclarer coupables de publicité fausse ou trompeuse les personnes qui n’ont pas fait de publicité corrective parce qu’elles ne se sont pas aperçues (et ne pouvaient pas normalement s’apercevoir) que l’annonce était fausse ou trompeuse. Si le législateur voulait encourager la publicité corrective pour réaliser les objectifs qui précèdent, il aurait pu:

(a) soit créer une infraction distincte «d’omission de corriger la publicité fausse ou trompeuse» aux termes de laquelle l’accusé qui s’aperçoit ou aurait dû s’apercevoir qu’une annonce est fausse ou trompeuse est tenu de faire preuve de diligence raisonnable en prenant les mesures correctives prévues aux al. c) et d) pour se prévaloir du moyen de défense prévu par la Loi à l’égard de cette infraction;

(b) soit maintenir «l’omission de corriger la publicité fausse ou trompeuse» à titre d’élément du moyen de défense existant prévu par la Loi, mais formuler les al. c) et d) de manière que l’obligation de faire une publicité corrective naisse quand l’accusé s’aperçoit que la publicité est fausse ou trompeuse (ou lorsque le tribunal conclut que l’accusé aurait dû s’en apercevoir).

À mon avis, l’un ou l’autre de ces moyens permettrait, sans que des innocents soient déclarés coupables, de réaliser, d’une part, l’objectif d’encourager les annonceurs à faire une publicité corrective et, d’autre part, le double objectif de protéger les consommateurs contre les effets de la publicité fausse et d’empêcher les annonceurs de tirer profit d’indications fausses ou trompeuses. Étant donné que le législateur pouvait de toute évidence retenir ces deux

existing paragraphs are unnecessarily intrusive on constitutional rights.

While an absolute liability component to the offence of false advertising would perhaps be more effective in facilitating convictions than would the alternatives proposed above, the simple answer to this contention is that Parliament could have retained the absolute liability component and, at the same time, infringed *Charter* rights to a much lesser extent, had it not combined this absolute liability with the possibility of imprisonment. In this sense, removing the possibility of imprisonment and leaving paras. (c) and (d) unchanged was a further less intrusive means which was available to Parliament.

While it is unnecessary, given the conclusion reached above, to address the third part of the proportionality test, I would like to point out that the removal of a constitutionally required level of fault is, in my view, a very serious limitation on an accused's s. 7 rights and an objective would have to be very "pressing and substantial" in order for the detrimental effects on the limitation of these rights to be proportional to the objective.

In summary, it is my view that the modified due diligence defence embodied in paras. (c) and (d) limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter* and cannot be upheld as a reasonable limit under s. 1. Consequently, paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) of the *Competition Act* must be held to be of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

I will now consider whether the false/misleading advertising provisions limit an accused's rights under s. 11(d) of the *Charter*.

Section 11(d)

In *Oakes, supra*, this Court held that the presumption of innocence is protected expressly by s. 11(d) of the *Charter* and inferentially by the s. 7 right to life, liberty and security of the person (since the presumption of innocence is a principle of fundamental jus-

solutions de rechange, on peut conclure que les alinéas existants portent inutilement atteinte à des droits garantis par la Constitution.

Si le recours à la responsabilité absolue relativement à l'infraction de publicité fautive facilite peut-être de façon plus efficace les déclarations de culpabilité que les moyens que je viens de proposer, on peut toutefois réfuter simplement cet argument en affirmant que le législateur aurait pu conserver la responsabilité absolue, tout en portant beaucoup moins atteinte aux droits garantis par la *Charte*, s'il n'avait pas conjugué cette responsabilité absolue avec la possibilité d'emprisonnement. En ce sens, supprimer la possibilité de l'emprisonnement et laisser les al. c) et d) intacts représentaient d'autres moyens moins attentatoires que le législateur aurait pu choisir.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire, étant donné la conclusion tirée ci-dessus, d'examiner la troisième partie du critère de la proportionnalité, j'aimerais souligner que la suppression d'une exigence constitutionnelle en matière de faute est, à mon sens, une restriction très grave des droits d'un accusé prévus à l'art. 7 et qu'un objectif devrait être très «urgent et réel» pour que les effets préjudiciables de la restriction de ces droits soient proportionnels à l'objectif.

En résumé, je suis d'avis que le moyen de défense modifié de la diligence raisonnable qu'énoncent les al. c) et d) limite les droits de l'accusé garantis par l'art. 7 de la *Charte* et ne peut pas être tenu pour une restriction raisonnable au sens de l'article premier. Par conséquent, les al. 37.3(2)c) et d) de la *Loi sur la concurrence* doivent être déclarés inopérants en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je vais maintenant déterminer si les dispositions relatives à la publicité fautive ou trompeuse portent atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'al. 11d) de la *Charte*.

L'alinéa 11d)

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, notre Cour a conclu que la présomption d'innocence est expressément garantie par l'al. 11d) de la *Charte* et, par déduction, par le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 (puisque la présomption

tice). In analyzing the meaning and content of s. 11(d), this Court held that, where an accused faces penal consequences, the right to be presumed innocent until proven guilty requires, at a minimum, that: an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt, that the state must bear the burden of proof and that criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness. This Court held that s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, infringed s. 11(d) by requiring the accused to prove (on a balance of probabilities) that he was not guilty of trafficking once the basic fact of possession had been proven.

In *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, this Court held that the rights guaranteed by s. 11 of the *Charter* are available to persons prosecuted by the state for public offences involving punitive sanctions, i.e., criminal, *quasi*-criminal, and regulatory offences, either federally or provincially enacted. Wilson J. (for the majority) stated that s. 11 is intended to provide procedural safeguards in proceedings which may attract penal consequences even if not criminal in the strict sense.

In *Vaillancourt*, *supra*, this Court held that s. 11(d) is offended when an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence (including those elements required by s. 7 of the *Charter*).

In *Whyte*, *supra*, a majority of this Court held that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(d) inquiry. Thus, the real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is

d'innocence est un principe de justice fondamentale). Après avoir analysé le sens et le contenu de l'al. 11d), notre Cour a décidé que, lorsque l'accusé s'expose à des conséquences pénales, le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que: la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable; que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve; que les poursuites criminelles se déroulent d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. Notre Cour a conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, violait l'al. 11d) en exigeant que l'accusé établisse (selon la prépondérance des probabilités) qu'il n'était pas coupable de trafic, une fois établi le fait de la possession.

Dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, notre Cour a décidé que les droits garantis à l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par les personnes que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c'est-à-dire des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles aient été édictées par le gouvernement fédéral ou par les provinces. Le juge Wilson (au nom de la majorité) a dit que l'art. 11 est destiné à offrir des garanties en matière de procédure dans les procédures qui peuvent entraîner des conséquences pénales même si elle ne sont pas criminelles au sens strict.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, notre Cour a conclu que l'al. 11d) est violé chaque fois qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction (y compris les éléments requis par l'art. 7 de la *Charte*).

Dans l'arrêt *Whyte*, précité, notre Cour a décidé à la majorité que la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11d). Ainsi, la préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais plutôt qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence. C'est l'effet ultime d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Cet aspect de

decisive. This aspect of *Whyte* was affirmed in *R. v. Chaulk, supra*, wherein I stated (at pp. 1330-31):

If an accused is found to have been insane at the time of the offence, he will not be found guilty; thus the "fact" of insanity precludes a verdict of guilty. Whether the claim of insanity is characterized as a denial of *mens rea*, an excusing defence or, more generally, as an exemption based on criminal incapacity, the fact remains that sanity is essential for guilt. Section 16(4) allows a factor which is essential for guilt to be presumed, rather than proven by the Crown beyond a reasonable doubt. Moreover, it requires an accused to disprove sanity (or prove insanity) on a balance of probabilities; it therefore violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. [Emphasis added to the last sentence.]

Thus, the question to be determined here is whether the words "he establishes that" contained in s. 37.3(2) could operate so as to permit a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Again, both the Crown and a number of interveners have argued that this interpretation of s. 11(d) should not apply in a regulatory setting. I can only reiterate my earlier comment that it is the fact that the state has resorted to the restriction of liberty through imprisonment for enforcement purposes which is determinative of the *Charter* analysis. A person whose liberty has been restricted by way of imprisonment has lost no less liberty because he or she is being punished for the commission of a regulatory offence as opposed to a criminal offence. A person whose liberty interest is imperilled is entitled to have the principles of fundamental justice fully observed. The presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d), is clearly a principle of fundamental justice.

Given that I have determined, above, that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) must be held to be of no force or effect, the words "he establishes that" must be considered with respect to paras. (a) and (b) of s. 37.3(2). In this context, the words "he establishes that" place

l'arrêt *Whyte* a été confirmé dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, où je dis (aux pp. 1330 et 1331):

Si l'on juge que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, il ne sera pas déclaré coupable; le «fait» de l'aliénation empêche donc un verdict de culpabilité. Que l'allégation d'aliénation soit qualifiée de négation de la *mens rea*, de défense exonératoire ou, plus généralement, d'exemption fondée sur l'incapacité pénale, il n'en reste pas moins que le fait d'être sain d'esprit est une condition essentielle à la culpabilité. Or, le par. 16(4) permet que l'existence d'un facteur essentiel de culpabilité soit présumée, au lieu d'être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable. Par surcroît, il oblige l'accusé à réfuter qu'il était sain d'esprit (ou à démontrer l'aliénation) selon la prépondérance des probabilités; il viole par conséquent la présomption d'innocence parce qu'il permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. [Je souligne la dernière phrase.]

Par conséquent, la question qu'il faut trancher en l'espèce est de savoir si les mots «elle prouve que» utilisés au par. 37.3(2) pourraient avoir pour effet de permettre la déclaration de culpabilité malgré un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Encore une fois, le ministère public et un certain nombre d'intervenants ont soutenu que cette interprétation de l'al. 11d) ne doit pas s'appliquer dans le contexte réglementaire. Je ne peux que répéter ce que j'ai dit plus haut: c'est le fait que l'État a eu recours à la restriction de la liberté par l'emprisonnement pour faire respecter la loi qui est décisif dans une analyse faite en fonction de la *Charte*. La personne dont la liberté a été restreinte par l'emprisonnement n'a pas été privée de moins de liberté parce qu'elle a été punie pour une infraction réglementaire plutôt qu'un crime. La personne qui risque de voir son droit à la liberté violé a droit au respect intégral des principes de justice fondamentale. La présomption d'innocence, garantie à l'al. 11d), est de toute évidence un principe de justice fondamentale.

Étant donné que j'ai déjà décidé que les al. c) et d) du par. 37.3(2) doivent être tenus pour inopérants, les mots «elle prouve que» doivent être examinés par rapport aux al. a) et b) du par. 37.3(2). Dans ce contexte, les mots «elle prouve que» imposent à l'accusé

a burden on an accused to prove the two elements delineated thereafter on a balance of probabilities (see *R. v. Chaulk, supra*, at pp. 1317-18). Thus, if an accused fails to prove either of these elements on a balance of probabilities, (assuming the Crown has proved the *actus reus*) that accused will be convicted of false/misleading advertising. The absence of due diligence (presence of negligence) is clearly necessary for a finding of guilt. Thus, it seems clear to me that under s. 37.3(2) an accused could be convicted of false/misleading advertising despite the existence of a reasonable doubt as to whether the accused was duly diligent and, therefore, despite the existence of a reasonable doubt as to guilt.

In light of the above, I fully agree with the following statement of Tarnopolsky J.A. in the court below (at p. 568):

It is clearly possible for an accused to raise a reasonable doubt that he or she acted with due diligence without being able to establish that defence on a balance of probabilities. As a result, the imposition, in s. 37.3(2)(a) and (b), of a persuasive burden on the accused to prove that he or she acted with due diligence violates s. 11(d) because it permits conviction despite a reasonable doubt as to the culpability of the accused.

Accordingly, unless this persuasive burden can be justified under s. 1 of the *Charter*, the words "he establishes that" in s. 37.3(2) must be held to be of no force or effect.

Section 1

Objective

As was the case under s. 7, the Crown submits that the objective of the law is to promote vigorous and fair competition. As I have indicated above, this may well be the overall objective of the *Competition Act* in general, but it is not the specific objective of placing a persuasive burden on an accused to prove due diligence (disprove negligence).

The specific objective of placing a persuasive burden on an accused via the words "he establishes that"

la charge de prouver ces deux éléments selon la prépondérance des probabilités (voir l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, aux pp. 1317 et 1318). Par conséquent, si l'accusé ne prouve pas l'un de ces éléments selon la prépondérance des probabilités (à supposer que le ministère public ait démontré l'*actus reus*), il sera déclaré coupable de publicité fautive ou trompeuse. Le défaul de diligence raisonnable (la négligence) est nettement nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable. Par conséquent, il me semble clair qu'en vertu du par. 37.3(2), l'accusé pourrait être déclaré coupable de publicité fautive ou trompeuse malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à savoir s'il a fait preuve de diligence raisonnable et, par conséquent, malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Vu ce qui précède, je souscris sans réserve à la déclaration suivante du juge Tarnopolsky de la cour d'instance inférieure (à la p. 568):

[TRADUCTION] De toute évidence, l'accusé peut susciter un doute raisonnable quant à sa diligence raisonnable sans être en mesure de démontrer ce moyen de défense selon la prépondérance des probabilités. Par conséquent, l'imposition à l'accusé, aux al. 37.3(2)a) et b), de la charge de persuasion quant à sa diligence raisonnable porte atteinte à l'al. 11d) parce qu'elle permet qu'il soit déclaré coupable malgré un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Par conséquent, sauf si ce fardeau de persuasion peut être justifié au sens de l'article premier de la *Charte*, les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) doivent être déclarés inopérants.

L'article premier

L'objectif

Comme dans le cas de l'art. 7, le ministère public affirme que l'objectif de la loi est de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale. Je le répète, c'est peut-être bien l'objectif global de la *Loi sur la concurrence*, mais ce n'est pas l'objectif précis de l'imposition à l'accusé de la charge de persuasion à l'égard de la diligence raisonnable (de l'absence de négligence).

L'objectif précis de l'imposition à l'accusé de la charge de persuasion, par l'emploi des mots «elle

is to ensure that all those who are guilty of false/misleading advertising are convicted and to ensure that convictions are not lost due to evidentiary problems in proving guilt. I am prepared to accept that this is a "pressing and substantial objective" for the purposes of the *Oakes* analysis.

The means chosen to achieve this objective can be characterized as follows: to facilitate convictions by removing the burden on the Crown to prove negligence (lack of due diligence) beyond a reasonable doubt. In other words, the means chosen to achieve the objective essentially amounts to a decision by Parliament to convict all those who do not establish that they were duly diligent, including some accused who were duly diligent (and for whom a reasonable doubt exists in that regard) but who are unable to prove due diligence on a balance of probabilities. This, then, is the means which must be considered under the proportionality part of the *Oakes* test.

Proportionality Test

1. Rational Connection

Convicting all those who are unable to establish due diligence on a balance of probabilities, including those who were duly diligent, is one way of ensuring that all those guilty of false/misleading advertising are convicted, and is therefore one way of ensuring that the overall goal of ensuring fair and vigorous competition is attained. While this method of achieving the objective may raise certain problems and may not be the preferred method of achieving the objective, it is nonetheless a logical means of achieving the desired objective.

Thus, in my view, there is a rational connection between the objectives and the means chosen to attain the objectives, and the persuasive burden embodied in the words "he establishes that" in

prouve que», est de faire en sorte que toutes les personnes qui font de la publicité fausse ou trompeuse soient déclarées coupables et de veiller à ce qu'elles n'échappent pas à la déclaration de culpabilité à cause de problèmes de preuve. Je suis disposé à accepter qu'il s'agit d'un «objectif urgent et réel» dans le cadre de l'analyse effectuée dans l'arrêt *Oakes*.

Les moyens choisis pour réaliser cet objectif peuvent être formulés ainsi: faciliter la déclaration de culpabilité en dispensant le ministère public de la charge d'établir la négligence (le défaut de diligence raisonnable) hors de tout doute raisonnable. Autrement dit, le moyen choisi pour atteindre l'objectif représente essentiellement la décision du législateur de déclarer coupables tous ceux qui ne prouvent pas qu'ils ont fait montre de diligence raisonnable, y compris certains accusés qui ont fait montre de diligence raisonnable (et en faveur desquels il existe un doute raisonnable à cet égard), mais qui sont incapables de le prouver selon la prépondérance des probabilités. Voilà donc le moyen qu'il s'agit d'apprécier selon la partie du critère de l'arrêt *Oakes* touchant la proportionnalité.

Le critère de la proportionnalité

1. Le lien rationnel

Déclarer coupables tous ceux qui sont incapables d'établir leur diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités, y compris ceux qui ont fait preuve de diligence raisonnable, est un moyen de veiller à ce que toutes les personnes coupables de publicité fausse ou trompeuse soient déclarées coupables, et est donc une manière de veiller à ce que soit atteint l'objectif global de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale. Cette façon de réaliser l'objectif peut poser certains problèmes et peut ne pas être le meilleur moyen d'atteindre l'objectif, mais c'est néanmoins un moyen logique de réaliser l'objectif visé.

Par conséquent, il y a selon moi un lien rationnel entre les objectifs et les moyens choisis pour les réaliser et la charge de persuasion que représentent les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) satisfait donc

s. 37.3(2) therefore passes the first part of the proportionality test in *Oakes*.

2. As Little as Possible

While the imposition of a persuasive burden is rationally connected to the objective, it does not, in my view, infringe constitutionally protected rights as little as is reasonably possible. The Crown has not established that it is necessary to convict those who were duly diligent in order to “catch” those accused who were not duly diligent.

Parliament clearly had the option of employing a mandatory presumption of negligence (following from proof of the *actus reus*) which could be rebutted by something less than an accused’s establishing due diligence on a balance of probabilities. This option was, in fact, recommended by the Ontario Law Reform Commission in its *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). The Commission stated (at p. 48):

With respect to the burden of proof for strict liability offences, the Commission proposes a compromise solution that balances the fundamental rights of the accused with the need for effective law enforcement. We recommend the enactment of a mandatory presumption rather than a reverse onus. In other words, in the absence of evidence to the contrary, negligence will be presumed. The Crown will continue to bear the burden of establishing the physical element or *actus reus* beyond a reasonable doubt. However, in a strict liability case, it will be necessary that evidence of conduct capable of amounting to reasonable care be adduced, either by the testimony of the accused, through the examination or cross-examination of a Crown or defence witness, or in some other way. The accused will merely have an evidentiary burden and will no longer be required to satisfy the persuasive burden of establishing, on a balance of probabilities, that he was not negligent. Where evidence of reasonable care has been adduced, thereby rebutting the presumption, in order to secure a conviction the prosecution should be required to establish the accused’s negligence beyond a reasonable doubt. [Emphasis added.]

à la première partie du critère de la proportionnalité de l’arrêt *Oakes*.

2. L’atteinte minimale

L’imposition de la charge de persuasion a un lien rationnel avec l’objectif, mais elle ne porte pas, à mon avis, aussi peu que possible atteinte aux droits garantis par la Constitution. Le ministère public n’a pas établi qu’il était nécessaire de déclarer coupables ceux qui ont fait preuve de diligence raisonnable afin de «prendre» ceux qui n’ont pas fait preuve de diligence raisonnable.

Le législateur avait de toute évidence la possibilité d’employer une présomption impérative de négligence (découlant de la preuve de l’*actus reus*) qui pourrait être réfutée par quelque moyen moins rigoureux que la preuve par l’accusé de la diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités. C’est en fait le choix qu’a recommandé la Commission de réforme du droit de l’Ontario dans son *Report on the Basis of Liability for Provincial Offences* (1990). La Commission dit (à la p. 48):

[TRADUCTION] Quant à la charge de la preuve dans le cas des infractions de responsabilité stricte, la Commission propose une solution de compromis qui constitue un juste milieu entre les droits fondamentaux de l’accusé et la nécessité de la mise en application efficace des lois. Nous recommandons que soit adoptée une présomption impérative au lieu de l’inversion de la charge. Autrement dit, jusqu’à preuve du contraire, la négligence sera présumée. Il continuera d’incomber au ministère public de prouver l’élément matériel ou l’*actus reus* hors de tout doute raisonnable. Toutefois, dans un cas de responsabilité stricte, il sera nécessaire de présenter une preuve de conduite susceptible de correspondre à des précautions raisonnables, soit par le témoignage de l’accusé, soit par l’interrogatoire ou le contre-interrogatoire d’un témoin à charge ou à décharge, soit d’une autre manière. L’accusé ne devra s’acquitter que de la charge de présentation et n’aura plus à s’acquitter de la charge de persuasion pour ce qui est d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il n’a pas été négligent. S’il est prouvé que des précautions raisonnables ont été prises, ce qui réfuterait la présomption, la poursuite devrait, pour obtenir la déclaration de culpabilité, être obligée d’établir la négligence de l’accusé hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

I note that the presence of such a mandatory presumption alongside the accused's evidentiary burden would, in effect, require the accused to adduce evidence capable of amounting to evidence of due diligence, either through the testimony of the accused or that of other witnesses, including the cross-examination of Crown witnesses or by other means. It goes without saying that if the Crown has adduced such evidence, the accused can rely on it in discharge of the evidentiary burden. This will ensure that the information as to what steps, if any, were taken to avoid the occurrence of the prohibited act is in the record and will relieve the Crown of the obligation to bring forward evidence on a matter that is exclusively in the possession of the accused. On the other hand, the Crown will bear the risk of non-persuasion if the conclusions and inferences to be drawn from such information leave the trier of fact in a state of reasonable doubt on the issue of due diligence.

In view of the foregoing, this alternative would not raise the problem discussed in *R. v. Chaulk, supra*, of imposing an "impossibly onerous burden" on the Crown. A requirement that the Crown prove lack of due diligence (negligence) beyond a reasonable doubt once an accused has rebutted a mandatory presumption is not akin to a requirement that the Crown prove an accused's sanity once the accused has raised a reasonable doubt about his or her sanity. In *R. v. Chaulk*, I indicated that the tremendous difficulties which would be faced by the Crown in proving sanity beyond a reasonable doubt flowed largely from the uncertainty of our scientific knowledge in this area. In my view, these difficulties are qualitatively different than the kinds of evidentiary difficulties which would be faced by the Crown in proving lack of due diligence beyond a reasonable doubt (once the accused has discharged the evidentiary burden).

The use of such a mandatory presumption in s. 37.3(2) would be less intrusive on s. 11(d) and would go a long way in achieving the objective: namely, ensuring that those who are not duly diligent

Je remarque que la présence d'une telle présomption impérative, en plus de la charge de présentation qui incomberait à l'accusé, l'obligerait en fait à présenter une preuve susceptible d'équivaloir à une preuve de diligence raisonnable, par son propre témoignage ou celui d'autres témoins, y compris le contre-interrogatoire des témoins à charge, ou par d'autres moyens. Il va sans dire que, si le ministère public a présenté ce genre de preuve, l'accusé peut l'utiliser pour s'acquitter de la charge de présentation. Ainsi, les renseignements relatifs aux mesures prises, le cas échéant, pour éviter que se produise l'acte interdit seront consignés au dossier, ce qui libérera le ministère public de l'obligation de produire une preuve sur un sujet qui est exclusivement entre les mains de l'accusé. Par ailleurs, le ministère public prendra le risque de ne pouvoir persuader, si les conclusions et les inférences découlant de ces renseignements laissent planer chez le juge des faits un doute raisonnable quant à la question de la diligence.

Étant donné ce qui précède, cette solution de rechange ne poserait pas le problème examiné dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, soit l'imposition au ministère public d'«une charge écrasante». L'obligation faite au ministère public de prouver le défaut de diligence raisonnable (la négligence) hors de tout doute raisonnable, une fois que l'accusé a réfuté la présomption impérative, ne ressemble pas à l'obligation pour le ministère public de prouver que l'accusé était sain d'esprit, une fois que celui-ci a suscité un doute raisonnable à ce sujet. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, j'ai dit que les difficultés énormes que devrait surmonter le ministère public pour faire la preuve hors de tout doute raisonnable qu'une personne est saine d'esprit découlaient en grande partie de l'incertitude des connaissances scientifiques dans ce domaine. À mon avis, ces difficultés sont qualitativement différentes du genre de difficultés de preuve que devrait surmonter le ministère public pour établir le défaut de diligence raisonnable hors de tout doute raisonnable (une fois que l'accusé s'est acquitté de la charge de présentation).

L'emploi d'une telle présomption impérative au par. 37.3(2) violerait moins l'al. 11(d) et réaliserait en grande partie l'objectif, savoir, veiller à ce que les personnes qui ne font pas preuve de diligence raison-

are convicted (either because those accused would be unable to rebut the mandatory presumption or because the Crown would be able to prove a lack of due diligence). While the over-inclusive persuasive burden may bring about more convictions than would an evidentiary burden, the general objective of convicting the guilty would be attained by a less intrusive evidentiary burden.

While a mandatory presumption with an evidentiary burden on the accused would be far less intrusive on s. 11(d) than would the existing persuasive burden, it must be recognized that a mandatory presumption would itself to some degree infringe the presumption of innocence. As discussed above, this Court stated in *Oakes, supra*, that the presumption of innocence includes both the right of an accused to be presumed innocent until proven guilty, and the right to have the state bear the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. Unless it can be said that proof of the *actus reus* of false/misleading advertising, in and of itself and in all cases, leads inexorably to the conclusion that the accused was negligent in carrying out that *actus reus*, a mandatory presumption of negligence leaves open the possibility that the accused will be convicted despite the fact that the Crown's evidence leaves a reasonable doubt about the accused's negligence.

In the absence of a mandatory presumption, the Crown would be required to raise some evidence of negligence in order to secure a conviction. If the Crown failed to address the element of negligence, the accused could successfully raise a "no evidence motion" or (in a jury trial) a motion for a "directed verdict". The presence of a mandatory presumption means that the usual requirement for Crown evidence has been replaced by a presumption of negligence (which can only be rebutted if the accused can point to some evidence capable of raising a reasonable doubt about negligence). It follows from this that an accused who chose to remain silent and lead no defence evidence would, in the absence of some other evidence capable of raising a reasonable doubt, be

nable soient déclarées coupables (soit parce que l'accusé serait incapable de réfuter la présomption impérative, soit parce que le ministère public serait en mesure de prouver le défaut de diligence raisonnable). Certes, la charge de persuasion de portée excessive peut produire plus de déclarations de culpabilité que la charge de présentation, mais l'objectif général, qui consiste à condamner les personnes coupables, serait atteint au moyen d'une charge de présentation moins attentatoire.

Bien qu'une présomption impérative assortie de la charge de présentation incombant à l'accusé porterait beaucoup moins atteinte à l'al. 11d) que la charge de persuasion existante, il faut cependant avouer que la présomption impérative elle-même violerait dans une certaine mesure la présomption d'innocence. Comme nous l'avons dit plus haut, notre Cour a dit dans l'arrêt *Oakes*, précité, que la présomption d'innocence suppose, d'une part, qu'une personne a le droit d'être présumée innocente tant qu'elle n'est pas déclarée coupable, et d'autre part, que c'est à l'État qu'incombe la charge d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Sauf si l'on peut affirmer qu'en soi et dans tous les cas, la preuve de l'*actus reus* de la publicité fausse ou trompeuse nous amène inexorablement à conclure que l'accusé a été négligent du fait de l'accomplissement de cet *actus reus*, la présomption impérative de négligence donne la possibilité de déclarer l'accusé coupable en dépit du fait que la preuve du ministère public laisse subsister un doute raisonnable quant à la négligence de l'accusé.

En l'absence de présomption impérative, le ministère public serait tenu de faire la preuve de la négligence pour obtenir une déclaration de culpabilité. Si sa preuve n'établissait pas l'élément de la négligence, l'accusé pourrait avoir gain de cause en présentant une «requête faisant valoir l'absence de preuve» ou (dans un procès devant jury) une requête en vue d'obtenir un «verdict imposé». La présence d'une présomption impérative signifie que l'obligation habituelle du ministère public de faire la preuve a été remplacée par une présomption de négligence (qui ne peut être réfutée que si l'accusé peut mettre en lumière un élément de preuve susceptible de susciter un doute raisonnable quant à la négligence). Il s'en suit que l'accusé qui a choisi de garder le silence et

deemed to have been negligent (a fault requirement which I have just concluded is constitutionally required) and would, therefore, be convicted. Such would not be the case in the absence of a mandatory presumption and evidentiary burden. It can be seen from the above discussion that a mandatory presumption can operate so as to indirectly force an accused into the stand in order to avoid being convicted. If proof of the *actus reus* itself necessarily established negligence in all cases, this would not conflict with the presumption of innocence because the accused would then be "forced" into the stand only as a result of the Crown's evidence of *actus reus* effectively constituting evidence of negligence (the necessary inference of negligence being drawn from the Crown's evidence of *actus reus*). However, mere proof of the *actus reus* of false advertising does not inexorably lead to the conclusion that the accused was negligent in committing the *actus reus*. Thus, the indirect compulsion of an accused into the stand which arises from a mandatory presumption of negligence infringes on an accused's s. 11(d) right to have the Crown prove his or her guilt beyond a reasonable doubt.

At the same time, it is my view that any such infringement of s. 11(d) would be clearly justified as a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. The objective of incorporating a mandatory presumption and evidentiary burden into s. 37.3(2) would be to avoid placing an impossible burden on the Crown. Like most public welfare offences, false/misleading advertising is of such a nature that the accused will be in the best position to garner evidence of due diligence. In the absence of some explanation by the accused, it will nearly always be impossible for the Crown to prove the absence of due diligence. Indeed, without an evidentiary burden on the accused, the Crown may well be put in the difficult situation which was addressed in *R. v. Chaulk*, *supra*, whereby the burden of adducing evidence of negligence on an ongoing basis could give rise to intrusions of other *Charter* rights, such as the right to be free from unreasonable search and seizure (s. 8). Thus, the use of a mandatory presumption in

qui n'a pas présenté de preuve en défense serait, faute d'autres éléments de preuve pouvant susciter un doute raisonnable, présumé avoir été négligent (l'exigence constitutionnelle requise en matière de faute, comme je viens de le conclure) et serait, par conséquent, déclaré coupable. Ce ne serait pas le cas en l'absence de présomption impérative et de charge de présentation. Il ressort de la discussion qui précède que la présomption impérative peut avoir pour effet d'obliger indirectement l'accusé à se présenter à la barre pour éviter d'être déclaré coupable. Si la preuve de l'*actus reus* établissait en soi la négligence dans tous les cas, cela ne porterait pas atteinte à la présomption d'innocence parce que l'accusé ne serait alors «forcé» de témoigner que parce que la preuve de l'*actus reus* par le ministère public établit effectivement la négligence (la preuve de l'*actus reus* par le ministère public permettant inévitablement de conclure à la négligence). Toutefois, la simple preuve de l'*actus reus* de la publicité fausse ne nous amène pas inexorablement à conclure que l'accusé a été négligent en perpétrant l'*actus reus*. Ainsi, l'obligation de témoigner faite indirectement à l'accusé, qui découle de la présomption impérative de négligence, porte atteinte au droit qu'il a, en vertu de l'al. 11d), que le ministère prouve sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Mais pourtant, je suis d'avis que cette atteinte à l'al. 11d) serait une règle de droit constituant une limite raisonnable nettement justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de l'insertion au par. 37.3(2) d'une présomption impérative et de la charge de présentation serait d'éviter d'imposer une charge écrasante au ministère public. Comme la plupart des infractions contre le bien-être public, la publicité fausse ou trompeuse est de nature telle que c'est l'accusé qui sera le plus à même de faire la preuve de sa diligence raisonnable. Si l'accusé ne peut fournir aucune explication, il sera presque toujours impossible pour le ministère public de prouver l'absence de diligence raisonnable. En effet, si la charge de présentation n'incombe pas à l'accusé, le ministère public peut très bien se trouver dans la situation difficile décrite dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, où la charge de prouver la négligence pourrait, dans le processus d'obtention de la preuve, donner lieu à des atteintes à d'autres droits garantis par la

s. 37.3(2) would be rationally connected to avoiding this impossible burden, would fall well within the range of means which impair *Charter* rights as little as is reasonably possible, and would be proportional in its effect on the presumption of innocence.

In summary, while the use of a mandatory presumption in s. 37.3(2) would also infringe s. 11(d), it constitutes a less intrusive alternative which would not violate the *Charter* (in that it would constitute a justifiable limit under s. 1).

In light of this alternative, it is my view that the words "he establishes that" do not limit constitutionally protected rights as little as is reasonably possible and that the persuasive burden cannot, therefore, be upheld as a reasonable limit under s. 1. However, even if it can be said that a mandatory presumption along with an evidentiary burden would not attain the objective as effectively as a persuasive burden and that the words in question therefore do limit *Charter* rights as little as is reasonably possible, it is my view that any marginal increase in the obtaining of the objective (via a persuasive burden on the accused) would be clearly outweighed by the detrimental effect on the presumption of innocence. In other words, if I am wrong in finding that the words in question do not pass the second branch of the proportionality test in *Oakes*, it is my view that the persuasive burden does not pass the third branch of the proportionality test in *Oakes* because the effect of the means chosen on *Charter* rights and freedoms is not proportional to the objective. Indeed, here we are postulating legislation enabling the imprisonment of those who were duly diligent but could not prove it on a balance of probabilities, even though there might well have existed a reasonable doubt thereof. Sending the innocent to jail is too high a price.

Charte, tel le droit de ne pas être soumis à des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives (art. 8). Ainsi, l'utilisation d'une présomption impérative au par. 37.3(2) aurait un lien rationnel avec l'objectif d'éviter cette charge écrasante, entrerait dans la catégorie des moyens qui portent aussi peu que possible atteinte aux droits garantis par la *Charte* et serait proportionnelle quant à son effet sur la présomption d'innocence.

En résumé, si l'emploi d'une présomption impérative au par. 37.3(2) portait également atteinte à l'al. 11d), il constitue néanmoins une solution moins attentatoire qui ne violerait pas la *Charte* (en ce sens qu'il constituerait une limite justifiable en vertu de l'article premier).

Compte tenu de cette solution de remplacement, je suis d'avis que les mots «elle prouve que» ne restreignent pas aussi peu que possible des droits garantis par la Constitution et que la charge de persuasion ne peut donc pas être tenue pour une limite raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, même si l'on peut affirmer qu'une présomption impérative assortie de la charge de présentation ne réaliserait pas l'objectif aussi efficacement que la charge de persuasion et que les mots en question restreignent effectivement aussi peu que possible les droits garantis par la *Charte*, je suis d'avis que tout léger progrès dans la réalisation de l'objectif (grâce à l'imposition de la charge de persuasion à l'accusé) serait nettement surpassé par l'effet préjudiciable sur la présomption d'innocence. Autrement dit, si je conclus à tort que les mots en question ne respectent pas la deuxième partie du critère de la proportionnalité de l'arrêt *Oakes*, je suis d'avis que la charge de persuasion ne satisfait pas au troisième volet de ce critère, parce que l'effet des moyens choisis sur les droits et libertés garantis par la *Charte* n'est pas proportionnel à l'objectif. En effet, nous supposons ici un texte de loi qui autorise l'emprisonnement de ceux qui ont fait montre de diligence raisonnable, mais n'ont pas pu prouver celle-ci selon la prépondérance des probabilités, encore qu'il ait peut-être bien existé un doute raisonnable quant à cette diligence. C'est consentir un trop grand sacrifice que de condamner des innocents à la prison.

I also wish to point out that Parliament had the further option of maintaining the persuasive burden on the accused but removing the possibility of imprisonment. The use of a persuasive burden in circumstances where imprisonment was not a possible punishment would be far less intrusive on constitutional rights.

In light of the alternative means open to Parliament, I am of the view that the use of a persuasive burden in s. 37.3(2) cannot be justified under the proportionality part of the *Oakes* test.

In summary, it is my view that the words “he establishes that” contained in s. 37.3(2) limit s. 11(d) of the *Charter* and cannot be upheld as a reasonable limit under s. 1. Consequently, the words “he establishes that” must be held to be of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Once the words “he establishes that” are deleted from s. 37.3(2), the question becomes, who proves what under the remaining provision? Parliament may well choose to re-enact the offence of false/misleading advertising within constitutionally acceptable parameters but, until such time, how is this offence to be proven? In my opinion, the answer to this question requires the Court to consider this Court’s judgment in *R. v. City of Sault Ste. Marie, supra*, but this time in light of the *Charter*.

In *R. v. City of Sault Ste. Marie, supra*, this Court set out a classification of offences to be followed where the legislature had not expressly addressed the requirement of fault. The Court drew a general distinction between “true crimes” and “public welfare offences”. While the Court contemplated public welfare offences which carried relatively light sentences, it would seem that the offence of false/misleading advertising would be one which would fall within the “public welfare” classification in *Sault Ste. Marie*. For “public welfare offences”, the Court held that the standard of fault was that of “strict liability”. This meant that conviction would follow proof (by the Crown) of the *actus reus*, unless the accused proved,

Je tiens aussi à souligner que le législateur avait le choix en outre de maintenir la charge de persuasion qui incombe à l’accusé, mais de supprimer la possibilité de l’emprisonnement. L’emploi de la charge de persuasion dans des cas où l’emprisonnement ne serait pas une peine prévue porterait beaucoup moins atteinte aux droits garantis par la Constitution.

Vu les autres solutions que pouvait retenir le législateur, je suis d’avis que la charge de persuasion imposée au par. 37.3(2) ne peut pas être justifiée selon l’aspect proportionnalité du critère de l’arrêt *Oakes*.

En résumé, je suis d’avis que les mots «elle prouve que» utilisés au par. 37.3(2) restreignent l’al. 11d) de la *Charte* et ne peuvent pas être tenus pour une limite raisonnable en vertu de l’article premier. Par conséquent, les mots «elle prouve que» doivent être déclarés inopérants, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Une fois invalidés les mots «elle prouve que» du par. 37.3(2), la question à trancher est celle-ci: à qui incombe la charge de la preuve en application du reste de la disposition? Le législateur peut bien choisir de réédicter l’infraction de publicité fausse ou trompeuse selon des paramètres acceptables du point de vue constitutionnel, mais entre temps comment doit-on faire la preuve de cette infraction? À mon avis, pour répondre à cette question, la Cour doit examiner l’arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie, précité*, mais cette fois dans le contexte de la *Charte*.

Dans l’arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie, précité*, notre Cour a énoncé une classification des infractions qu’il faut appliquer quand le législateur n’a pas précisé l’exigence en matière de faute. La Cour a établi une distinction générale entre les «crimes proprement dits» et les «infractions contre le bien-être public». Bien que la Cour ait examiné des infractions contre le bien-être public qui étaient assorties de peines assez légères, il semble que l’infraction de publicité fausse ou trompeuse entrerait dans la catégorie des «infractions contre le bien-être public» reconnue dans cet arrêt. Dans le cas des infractions de cette catégorie, la Cour a décidé que la norme de faute était la «responsabilité stricte». Cela signifiait qu’il y aurait déclara-

on a balance of probabilities, that he or she took all reasonable care and was duly diligent.

It is clear to me from the foregoing discussion of this Court's judgments in *Oakes*, *Wigglesworth*, *Vaillancourt*, *Whyte*, and *Chaulk*, *supra*, that where an accused faces imprisonment upon conviction, the presence of the persuasive burden in the *Sault Ste. Marie* category of "strict liability" is inconsistent with the principles of fundamental justice. The previous judgments of this Court make clear that, to the extent that imprisonment is a possible penalty, this category of "strict liability", placing a persuasive burden on the accused, cannot withstand *Charter* scrutiny. It follows from this that when imprisonment is a possible punishment for the commission of a "public welfare offence", the persuasive burden contemplated by this Court in *Sault Ste. Marie* cannot be operative; in this sense, the developing *Charter* jurisprudence of this Court has, over the last five years, been modifying this holding in *Sault Ste. Marie*. At the same time, the reasons for not imposing a fault requirement of subjective *mens rea* for "public welfare offences", which were discussed at length in *Sault Ste. Marie*, are still compelling. Therefore, I would characterize the modification of *Sault Ste. Marie* as follows: where the legislature has not expressly addressed the requirement of fault (or where, as here, it has done so in a manner which violates the Constitution), a "public welfare offence" (such as false/misleading advertising) which carries the possibility of imprisonment will be construed as setting up a rebuttable mandatory presumption of negligence. Once the Crown proves the *actus reus*, the accused will carry the evidentiary burden of pointing to some evidence (led either by the Crown or the defence) which is capable of raising a reasonable doubt as to his or her negligence, short of which a conviction will properly ensue.

tion de culpabilité si la preuve de l'*actus reus* était faite (par le ministère public), sauf si l'accusé prouvait, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait pris toutes les précautions raisonnables et fait
 a montre de diligence raisonnable.

Compte tenu de l'examen qui précède des arrêts de notre Cour *Oakes*, *Wigglesworth*, *Vaillancourt*, *Whyte* et *Chaulk*, précités, il m'apparaît évident que, si l'accusé risque l'emprisonnement s'il est déclaré coupable, la présence de la charge de persuasion pour la catégorie des infractions de «responsabilité stricte» reconnue dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* est incompatible avec les principes de justice fondamentale. Il ressort clairement des arrêts antérieurs de notre Cour que, dans la mesure où l'emprisonnement est possible, cette catégorie d'infractions de «responsabilité stricte», imposant à l'accusé la charge de persuasion, ne peut pas résister à l'analyse fondée sur la *Charte*. Il s'ensuit que, dans les cas où la personne accusée d'avoir commis une «infraction contre le bien-être public» est passible de l'emprisonnement, la charge de persuasion envisagée par notre Cour dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* ne saurait être appliquée; en ce sens, la jurisprudence de notre Cour relative à la *Charte* a, depuis cinq ans, modifié l'arrêt *Sault Ste-Marie* sous cet aspect. Mais pourtant, les raisons pour lesquelles il ne faut pas imposer la *mens rea* subjective à titre d'exigence en matière de faute dans le cas des «infractions contre le bien-être public», qui ont été examinées à fond dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, restent péremptoires. Par conséquent, j'énoncerais la modification de cet arrêt en ces termes: si le législateur n'a pas précisé l'exigence en matière de faute (ou si, comme en l'espèce, elle l'a fait d'une manière qui porte atteinte à la Constitution), une «infraction contre le bien-être public» (telle la publicité fausse ou trompeuse) qui rend son auteur passible de l'emprisonnement sera interprétée comme établissant une présomption impérative, réfutable, de négligence. Une fois que le ministère public aura prouvé l'*actus reus*, il incombera à l'accusé de mettre en lumière des éléments de preuve (présentés par le ministère public ou par la défense) qui sont susceptibles de susciter un doute raisonnable quant à sa négligence, à défaut de quoi une déclaration de culpabilité s'ensuivra à bon droit.

Thus, the remaining words in s. 37.3(2) mean that the offence of false/misleading advertising will be made out once the Crown proves the *actus reus* beyond a reasonable doubt, unless the accused can meet the aforementioned burden of raising a reasonable doubt. If the accused is able to rebut this presumption, the Crown will carry the burden of proving negligence (lack of due diligence) beyond a reasonable doubt.

As was indicated above, in my discussion of the *Oakes* analysis, I am of the view that this modified rule in *Sault Ste. Marie* would not violate the *Charter*. While the mandatory presumption would constitute a limitation on the presumption of innocence, such limitation would be justified under s. 1 of the *Charter*.

I turn now to the question of s. 36(1)(a). It is my view that the constitutional difficulties arise only from the operation of paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) and from the words "he establishes that" in s. 37.3(2). Consequently, no constitutional problem is raised by s. 36(1)(a) either by itself or in combination with the remainder of s. 37.3(2).

Did the Ontario Court of Appeal err in "Rewriting" the Offence Rather Than Declaring the Entire Provision to be of no Force or Effect?

In applying s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to the facts of this case, it must be kept in mind that s. 52(1) provides that any law which is inconsistent with the provisions of the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency. The foregoing analysis reveals that it is only paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) and the words "he establishes that" which infringe the provisions of the Constitution. The removal of these paragraphs and words from s. 37.3(2) does not, in my view, defeat a "unitary scheme" envisaged by Parliament; rather, it maintains the overall offence of false/misleading advertising and the related statutory defence as much as is possible, within a constitutionally permissible framework.

I cannot agree with the appellant that in severing the offending words and paragraphs and striking

De cette façon, selon les éléments restants du par. 37.3(2), la preuve de l'infraction de publicité fausse ou trompeuse sera faite quand le ministère public aura établi l'*actus reus* hors de tout doute raisonnable, sauf si l'accusé peut s'acquitter de la charge susmentionnée de susciter un doute raisonnable. Si l'accusé est en mesure de réfuter cette présomption, il incombera au ministère public de prouver la négligence (le défaut de diligence raisonnable) hors de tout doute raisonnable.

Comme je l'ai dit dans mon analyse de l'arrêt *Oakes*, je suis d'avis que cette règle modifiée, tirée de l'arrêt *Sault Ste-Marie*, ne violerait pas la *Charte*. La présomption impérative constituerait une restriction à la présomption d'innocence, mais elle serait justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

J'aborde maintenant la question de l'al. 36(1)a). Je suis d'avis que les difficultés constitutionnelles ne se posent qu'au regard de l'application des al. c) et d) du par. 37.3(2) et des mots «elle prouve que» qui figurent au par. 37.3(2). Par conséquent, l'al. 36(1)a), pris isolément ou avec le reste du par. 37.3(2), ne pose aucun problème constitutionnel.

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en «reformulant» l'infraction, plutôt que de déclarer toute la disposition inopérante?

Lorsqu'on applique le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* aux faits de l'espèce, il ne faut pas oublier que le par. 52(1) dispose que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. L'analyse qui précède révèle que ce sont seulement les al. c) et d) du par. 37.3(2) et les mots «elle prouve que» qui violent la Constitution. La suppression de ces alinéas et de ces mots du par. 37.3(2) ne va pas à l'encontre d'un «ensemble de dispositions indissociables» conçu par le législateur; elle maintient plutôt autant que possible l'infraction de publicité fausse ou trompeuse dans son ensemble et le moyen de défense connexe, dans les limites acceptables sur le plan constitutionnel.

Je ne peux pas souscrire au point de vue de l'appellante selon lequel la Cour d'appel, en retranchant les

down these portions alone, the Court of Appeal “usurped the function of Parliament”. In my opinion, the Court of Appeal took the route which is most consistent with s. 52(1) and which is least intrusive to the overall statutory scheme. It need hardly be said that Parliament always has the option of repealing the provision in question and enacting a new false/misleading advertising provision which conforms with the provisions of the *Charter*.

Thus, in my view, these paragraphs and words can and should be severed from the remainder of s. 37.3(2) in disposing of this appeal. I note that this Court has taken similar action in previous cases (see: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *R. v. Vaillancourt*, and *R. v. Holmes*, *supra*).

Disposition

In light of the above analysis, I would dismiss the appeal of the accused, Wholesale Travel, and affirm the Ontario Court of Appeal’s remittance of the case to the Provincial Court for trial. I would dismiss the Crown’s appeal. Paragraphs (c) and (d) of s. 37.3(2) of the *Competition Act*, and the words “he establishes that” contained in s. 37.3(2) are of no force or effect, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does s. 37.3(2) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, in whole or in part violate ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) limit s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The words “he establishes that” in s. 37.3(2) limit s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Question 2: Does s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, in and of itself or when read in combination

mots et les alinéas répréhensibles et en invalidant ces parties seulement, [TRADUCTION] «a usurpé la fonction du législateur». À mon avis, la Cour d’appel a choisi la voie qui est la plus compatible avec le par. 52(1) et qui porte le moins atteinte à l’ensemble du texte de loi. Il n’est guère besoin de dire que le législateur a toujours la possibilité d’abroger la disposition en cause et d’édicter une nouvelle disposition relative à la publicité fautive ou trompeuse qui soit conforme aux dispositions de la *Charte*.

Ainsi, à mon sens, la Cour peut et doit retrancher ces alinéas et ces mots du par. 37.3(2) en statuant sur ce pourvoi. Je remarque que notre Cour a pris une décision semblable dans des arrêts antérieurs (voir le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, et les arrêts *R. c. Vaillancourt* et *R. c. Holmes*, précités).

Dispositif

Vu l’analyse qui précède, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de l’accusée, Wholesale Travel, et de confirmer le renvoi, par la Cour d’appel de l’Ontario, de l’affaire devant la Cour provinciale afin qu’un procès soit tenu. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi du ministère public. Les alinéas (c) et (d) du par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* et les mots «elle prouve que» qui figurent au par. 37.3(2) sont inopérants, en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Je suis d’avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Question 1: Le paragraphe 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, et modifications, ou une partie de ce paragraphe, porte-t-il atteinte à l’art. 7 ou à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui, les al. c) et d) du par. 37.3(2) restreignent les droits garantis à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les mots «elle prouve que» au par. 37.3(2) restreignent les droits garantis à l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Question 2: L’alinéa 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, pris isolément ou avec le par. 37.3(2)

with s. 37.3(2) of the *Competition Act*, violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter*?

Answer: No.

Question 3: If either question 1 or question 2 is answered in the affirmative, is (are) the impugned provision(s) saved by s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Chief Justice Lamer and Justice Cory and, with respect, I am in substantial agreement with the Chief Justice. I would, however, add a few comments.

I agree with Cory J. that there is a broad divide between true criminal law and regulatory offences and I relied on this distinction in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, to support a demand for business documents as a reasonable seizure within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I should observe, however, that what is ultimately important are not labels (though these are undoubtedly useful), but the values at stake in the particular context. Speaking for the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, I stated:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

In the present case we are dealing with a provision under which a five-year term of imprisonment may be imposed if an individual is convicted. Such a deprivation requires much stricter requirements to conform with the principles of fundamental justice than mere monetary penalties. I should add that the context and values at stake in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, were profoundly different from those in the present case. *Thomson Newspapers Ltd.* was really

de cette loi, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*?

Réponse: Non.

Question 3: Si l'une ou l'autre des questions précédentes reçoit une réponse affirmative, peut-on justifier la ou les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Cory et, en toute déférence, je suis d'accord pour l'essentiel avec le Juge en chef. J'ajouterais cependant quelques remarques.

Je conviens avec le juge Cory qu'il existe une différence assez marquée entre le droit criminel proprement dit et les infractions réglementaires et je me suis fondé sur cette distinction dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, pour dire qu'une demande de documents commerciaux constituait une saisie non abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je ferai toutefois remarquer que ce qui importe en fin de compte, ce ne sont pas les étiquettes (bien qu'elles soient sans doute utiles), mais les valeurs en jeu dans le contexte particulier. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, j'ai dit au nom de la Cour, à la p. 361:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

En l'espèce, nous examinons une disposition en vertu de laquelle il peut y avoir condamnation à une peine d'emprisonnement de cinq ans si une personne est reconnue coupable. Une telle privation de la liberté nécessite, pour que l'on se conforme aux principes de justice fondamentale, des exigences beaucoup plus strictes que dans le cas de simples peines pécuniaires. Je dois ajouter que le contexte et les valeurs en jeu dans *Thomson Newspapers Ltd.*, pré-

concerned with the procedural protection that should be afforded privacy in relation to business documents. Here the effect of the provisions is the removal of the requirement that an offence involving a serious deprivation of liberty be proved beyond a reasonable doubt. While, in my view, in the regulatory context in which the provisions operate a requirement that a reasonable doubt be raised by the accused that he or she has exercised due diligence meets the requirements of fundamental justice (under s. 7 of the *Charter*) in these circumstances, a requirement that the accused prove such diligence on the balance of probabilities goes too far. The same is true under s. 1 of the *Charter* if one approaches the issue in terms of s. 11(d). The provision substantially divests him of the presumption of innocence.

I should also note that the Chief Justice appears to equate the concept of due diligence with negligence. This may well be valid if he has in mind the standard of civil negligence. Criminal negligence, of course, involves recklessness, which in my view requires a subjective component; see *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, *per* Wilson J. For my part, I am prepared to accept the requirement of due diligence as sufficient for *Charter* purposes in the case of regulatory offences and some criminal offences having a significant regulatory base (e.g., gun control *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443). However, for most criminal offences I would be reluctant to accept a lower level of *mens rea* than criminal negligence.

The judgment of L'Heureux-Dubé and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—The fundamental issue raised on this appeal is whether regulatory statutes which impose a regime of strict liability for breach of their provisions infringe ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

cité, différaient grandement de ceux de l'espèce. Dans *Thomson Newspapers Ltd.*, il s'agissait vraiment de la garantie en matière de procédure qu'il faut accorder à la protection de la vie privée relativement aux documents commerciaux. Ici, les dispositions ont pour effet de supprimer l'exigence selon laquelle une infraction entraînant une perte importante de liberté doit être prouvée hors de tout doute raisonnable. À mon avis, dans le contexte réglementaire dans lequel s'appliquent les dispositions, l'obligation pour l'accusé de soulever un doute raisonnable selon lequel il a agi avec une diligence raisonnable satisfait aux exigences de la justice fondamentale (en vertu de l'art. 7 de la *Charte*) dans les circonstances présentes, mais l'obligation pour l'accusé de prouver cette diligence suivant la prépondérance des probabilités va trop loin. Il en est de même en vertu de l'article premier de la *Charte* si on aborde la question sous l'angle de l'al. 11d). La disposition le prive en grande partie de la présomption d'innocence.

Je ferai également remarquer que le Juge en chef semble mettre sur le même pied la notion de diligence raisonnable et celle de négligence. Cela peut bien être valable s'il a dans l'idée la norme de la négligence civile. La négligence criminelle, bien entendu, met en jeu l'insouciance qui, selon moi, exige un élément subjectif; voir *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, les motifs du juge Wilson. Quant à moi, je suis disposé à admettre l'exigence de la diligence raisonnable comme étant suffisante aux fins de la *Charte* dans le cas des infractions réglementaires et de certaines infractions criminelles qui reposent de façon importante sur des aspects réglementaires (par ex. le contrôle des armes à feu, *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443). En ce qui concerne toutefois la plupart des infractions criminelles, j'hésiterais à accepter un degré de *mens rea* inférieur à la négligence criminelle.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendu par

LE JUGE CORY—La question fondamentale en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les lois de nature réglementaire qui prévoient un régime de responsabilité stricte en cas de violation de leurs dispositions contreviennent à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Factual Background and Pertinent Legislation

The Wholesale Travel Group Inc. ("Wholesale Travel") was charged with five counts of false or misleading advertising contrary to s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (the "Act"). The charges were laid after Wholesale Travel advertised vacation packages at "wholesale prices" while at the same time charging consumers a price higher than the cost incurred by the company in supplying those vacation packages. The matter proceeded to trial in Provincial Court. Before any evidence was heard, Wholesale Travel brought a motion challenging the validity of ss. 36(1) and 37.3(2) of the Act on the basis that those sections violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and are therefore of no force of effect.

The offence of misleading advertising is described in s. 36(1)(a) of the Act. Although the Act has since been amended, the applicable provisions remain unchanged. I shall therefore refer to the old section numbers under which the appellant was charged. Section 36(1)(a) (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 52(1)(a)) reads as follows:

36. (1) No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever,

(a) make a representation to the public that is false or misleading in a material respect;

Subsection 5 prescribes the penalties available upon conviction. It states:

(5) Any person who violates subsection (1) is guilty of an offence and is liable

(a) on conviction on indictment, to a fine in the discretion of the court and to imprisonment for five years or to both; or

(b) on summary conviction, to a fine of twenty-five thousand dollars or to imprisonment for one year or to both.

Les faits et les dispositions législatives pertinentes

La compagnie Wholesale Travel Group Inc. («Wholesale Travel») a fait l'objet de cinq accusations pour publicité fautive ou trompeuse en contravention de l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23 («la Loi»). Ces accusations ont été portées après que Wholesale Travel eut fait de la publicité relativement à des forfaits de vacances qu'elle offrait au [TRADUCTION] «prix de gros» tout en faisant payer aux consommateurs un montant supérieur à ce qu'il lui en coûtait pour offrir de tels forfaits. La Cour provinciale a été saisie de l'affaire. Avant même qu'un témoin n'ait été entendu, Wholesale Travel a présenté une requête dans laquelle elle conteste la validité des par. 36(1) et 37.3(2) de la Loi alléguant qu'ils violent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et sont, par conséquent, inopérants.

L'infraction de publicité trompeuse est décrite à l'al. 36(1)a) de la Loi. Bien que cette loi ait depuis été modifiée, les dispositions applicables n'ont pas changé. Je dois donc reprendre les anciens numéros d'articles en vertu desquels des accusations ont été portées contre l'appelante. L'alinéa 36(1)a) (maintenant, L.R.C. (1985), ch. C-46, al. 52(1)a)) est ainsi libellé:

36. (1) Nul ne doit, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques

a) donner au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important;

Le paragraphe 5 prévoit les peines applicables sur déclaration de culpabilité:

(5) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible,

a) après déclaration de culpabilité à la suite d'une mise en accusation, d'une amende à la discrétion du tribunal ou d'un emprisonnement de cinq ans, ou de l'une et l'autre peine; ou

b) après déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende de vingt-cinq mille dollars ou d'un emprisonnement d'un an, ou de l'une et l'autre peine.

The Act sets forth a statutory defence to the charge. Section 37.3(2) (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 60(2)) provides:

37.3 . . .

(2) No person shall be convicted of an offence under section 36 or 36.1, if he establishes that,

(a) the act or omission giving rise to the offence with which he is charged was the result of error;

(b) he took reasonable precautions and exercised due diligence to prevent the occurrence of such error;

(c) he, or another person, took reasonable measures to bring the error to the attention of the class of persons likely to have been reached by the representation or testimonial; and

(d) the measures referred to in paragraph (c), except where the representation or testimonial related to a security, were taken forthwith after the representation was made or the testimonial published.

It is important to note that all four conditions must be met before the statutory defence can prevail.

Wholesale Travel contends that the statutory scheme and, in particular, the combined operation of the offence prescribed in s. 36(1)(a) and the statutory defence set forth in s. 37.3(2), infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Positions Taken by the Courts Below

Ontario Provincial Court—Criminal Division (1988), 22 C.P.R. (3d) 328

The trial judge noted that, while paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) essentially duplicate the common law defence of due diligence, paras. (c) and (d) detract from that defence by requiring the accused to make a timely retraction. He observed that, where the accused was unable to make a retraction, he or she would be deprived of any defence. At this point the offence would become one of absolute liability since the accused could be convicted even though due diligence had been established. In light of the five-year penalty which could be imposed for a breach of the statute, the trial judge, relying upon *Re B.C. Motor*

La Loi prévoit un moyen de défense qui peut être opposé à l'accusation. Le paragraphe 37.3(2) (maintenant, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 60(2)) dispose:

37.3 . . .

(2) La personne accusée d'avoir commis une infraction tombant sous le coup des articles 36 ou 36.1 ne peut en être déclarée coupable si elle prouve que

a) l'infraction résulte d'une erreur;

b) elle a pris les précautions raisonnables et fait preuve de diligence pour prévenir cette erreur;

c) elle a pris ou fait prendre des mesures raisonnables pour porter l'erreur à l'attention des personnes susceptibles d'être concernées par les indications ou l'attestation; et

d) les mesures mentionnées à l'alinéa c) ont été prises sans délai après la publication des indications ou de l'attestation, sauf lorsque celles-ci concernent des valeurs mobilières.

Il est important de souligner que les quatre conditions doivent être remplies avant que la défense prévue dans la Loi ne puisse s'appliquer.

Wholesale Travel soutient que le régime législatif et, en particulier, l'effet combiné de l'infraction prévue à l'al. 36(1)a) et du moyen de défense prescrit au par. 37.3(2), contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale de l'Ontario—Division criminelle (1988), 22 C.P.R. (3d) 328

Le juge du procès a souligné que, bien que les al. a) et b) du par. 37.3(2) reprennent essentiellement la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law, les al. c) et d) restreignent ce moyen de défense en exigeant que l'accusé fasse une rétractation sans délai. Il a fait remarquer que, lorsque l'accusé est incapable de faire une rétractation, il est privé de tout moyen de défense. Dans un tel cas, l'infraction devient une infraction de responsabilité absolue, l'accusé pouvant être déclaré coupable même s'il a démontré qu'il a fait preuve de diligence. Compte tenu de la peine de cinq ans d'emprisonnement qui

Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486, found that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) infringe s. 7 of the *Charter*.

The trial judge went on to hold that, in view of the stigma attached to the offence of false advertising and the substantial penalty that could be imposed, an accused person was constitutionally entitled to have the charge proven beyond a reasonable doubt. In the result, he found the statutory due diligence defence contained in paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) to violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* on the ground that it permitted conviction despite the existence of a reasonable doubt as to the exercise of due diligence by the accused. For the same reasons, the trial judge held that the common law defence of due diligence which would exist in the absence of s. 37.3(2) failed to satisfy the *Charter* rights of the accused. As a result, he found that s. 36(1) of the Act also violated the *Charter*.

The trial judge determined that the *Charter* violations could not be justified under s. 1 of the *Charter*. He therefore held ss. 36(1) and 37.3(2) to be of no force or effect and dismissed the false advertising charges against Wholesale Travel.

Supreme Court of Ontario (Weekly Court) (1988), 46 C.R.R. 100

The judge presiding in Weekly Court allowed the Crown's appeal and held that the impugned provisions of the Act did not violate the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Relying on *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, he found that the requirement placed on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities did not violate s. 11(d) since the Crown was still required to establish all elements of the offence beyond a reasonable doubt. To the same effect, he held that the modification of the due diligence defence contained in paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) did not violate s. 11(d) as it did not alter the Crown's burden of proof with respect to the essential ele-

mentaire infligée par suite d'une violation de la loi, le juge du procès, s'appuyant sur le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, a conclu que les al. c) et d) du par. 37.3(2) contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge du procès a ajouté qu'en raison des stigmates associés à l'infraction de fausse publicité et de la peine sévère qui peut être infligée dans un tel cas, un accusé a, en vertu de la Constitution, le droit que l'accusation portée contre lui soit prouvée hors de tout doute raisonnable. En conséquence, il a conclu que la défense de diligence raisonnable prévue aux al. a) et b) du par. 37.3(2) contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* parce qu'elle permettait une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable quant au fait que l'accusé s'était montré diligent. Pour les mêmes motifs, le juge du procès a conclu que la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law qui s'appliquerait en l'absence du par. 37.3(2) ne respectait pas les droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Il a par conséquent jugé que le par. 36(1) de la Loi violait également la *Charte*.

Le juge du procès a considéré que les violations de la *Charte* ne pouvaient être justifiées en vertu de son article premier. Il a donc statué que les par. 36(1) et 37.3(2) étaient inopérants, et il a rejeté les accusations de fausse publicité portées contre Wholesale Travel.

La Cour suprême de l'Ontario (Cour des sessions hebdomadaires) (1988), 46 C.R.R. 100

Le juge présidant les sessions hebdomadaires a accueilli l'appel formé par le ministère public et il a statué que les dispositions contestées de la Loi ne portaient pas atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, il a conclu que l'obligation imposée à l'accusé de prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités ne violait pas l'al. 11d) étant donné que le ministère public était encore tenu de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'infraction. De même, il a conclu que la modification de la défense de diligence prévue aux al. c) et d) du par. 37.3(2) ne violait pas l'al. 11d), car elle ne modi-

ments. I would note that the Weekly Court judge did not, at the time of his decision, have the benefit of this Court's reasons in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, or *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

Ontario Court of Appeal (1989), 70 O.R. (2d) 545

The majority agreed with the trial judge that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) potentially rendered the offence one of absolute liability. They came to this conclusion on the basis that these paragraphs would permit conviction even where, in committing the *actus reus* of the offence, the accused had acted with due diligence and could establish this on a balance of probabilities. This possibility, coupled with the availability of imprisonment as a penalty, indicated to the majority that paras. (c) and (d) infringed s. 7 of the *Charter*. The majority relied upon the decisions of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, and in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, in reaching this conclusion. Since the Crown did not argue that paras. (c) and (d) were justified pursuant to s. 1 of the *Charter*, the majority of the Court of Appeal declared paras. (c) and (d) invalid.

The majority then considered the remaining statutory defence of due diligence set out in paras. (a) and (b) of s. 37.3(2). The question raised was whether this defence violated the presumption of innocence by requiring the accused to "establish" due diligence on a balance of probabilities. The majority concluded that it did, since it would permit a conviction to be registered against an accused who, though unable to establish due diligence on a balance of probabilities, had been able to raise a reasonable doubt on the issue. On this basis, the majority found that the due diligence defence infringed the accused's s. 11(d) rights. The majority went on to observe that it might be possible to uphold the defence under s. 1 of the *Charter*, but the Crown had not attempted to do so. Therefore, the reverse onus provision requiring the

fait pas la charge de la preuve incombant au ministère public en ce qui concerne les éléments essentiels. J'aimerais signaler que le juge de la cour des sessions hebdomadaires n'avait pas eu l'avantage de lire, au moment de rendre sa décision, les motifs de notre Cour dans les arrêts *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, ou *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

La Cour d'appel de l'Ontario (1989), 70 O.R. (2d) 545

Comme le juge du procès, la Cour d'appel, à la majorité, a conclu que les al. c) et d) du par. 37.3(2) pouvaient éventuellement faire de l'infraction une infraction de responsabilité absolue. Elle en est venue à cette conclusion en tenant compte du fait que ces alinéas permettraient de déclarer l'accusé coupable même lorsqu'il a agi avec diligence en accomplissant l'*actus reus* de l'infraction et qu'il pourrait le prouver suivant la prépondérance des probabilités. Cette éventualité, jointe à l'existence d'une peine d'emprisonnement, a indiqué à la majorité que les al. c) et d) contrevenaient à l'art. 7 de la *Charte*. La majorité est arrivée à cette conclusion en s'appuyant sur les décisions rendues par notre Cour dans les arrêts *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Le ministère public n'ayant pas prétendu que les al. c) et d) étaient justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*, la Cour d'appel, à la majorité, les a déclarés invalides.

La majorité a ensuite examiné la défense de diligence raisonnable énoncée aux al. a) et b) du par. 37.3(2). Il s'agissait de déterminer si ce moyen de défense violait la présomption d'innocence en exigeant que l'accusé «prouve» suivant la prépondérance des probabilités qu'il avait fait montre de diligence. La majorité a répondu par l'affirmative parce que ce moyen de défense permettait de déclarer coupable un accusé qui, bien qu'incapable de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a été diligent, a réussi à soulever un doute raisonnable sur cette question. C'est en se fondant sur cet élément que la majorité a conclu que la défense de diligence raisonnable contrevenait aux droits garantis à l'accusé par l'al. 11d). Elle a en outre fait remarquer qu'il serait peut-être possible d'invoquer l'article premier de la *Charte* pour valider ce moyen de défense, mais que le ministère public n'avait pas tenté de le

accused to establish due diligence on a balance of probabilities was held to be of no force or effect.

In addressing the issue of remedy, the majority determined that the s. 11(d) violation was caused by the requirement in s. 37.3(2) that an accused "establish" due diligence. Accordingly, it was held that the offending words "if he establishes that" could be excised and held to be of no force or effect, leaving the offence in s. 36(1)(a) and the due diligence defence in s. 37.3(2)(a) and (b) intact. The result would be to save the offence of false advertising and the statutory defence but to place an evidential rather than a persuasive burden on the accused to establish due diligence.

The dissenting judge agreed that the effect of paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) was to make the offence one of absolute liability. However he found no violation of s. 11(d) with respect to the remaining due diligence defence. He held that the imposition of a persuasive onus on the accused to establish due diligence was consistent with s. 11(d) reverse onus decisions of this Court, since it did not require the accused to disprove an essential element of the offence. I would note that the Court of Appeal decision was rendered prior to the release of this Court's reasons in *Keegstra, supra*, which clearly rejected for the purposes of s. 11(d) the distinction between defences and elements of the offence.

Wholesale Travel and the Crown both appealed from the decision of the Court of Appeal. Wholesale Travel argues first that the Court of Appeal ought to have declared the entire legislative scheme invalid rather than merely striking out the offending words from s. 37.3(2). In the alternative, Wholesale Travel submits that the Court of Appeal should have held that s. 7 of the *Charter* requires the Crown to prove subjective intent or wilful blindness with respect to the alleged falsity of the advertisement rather than requiring only that the Crown establish a lack of due diligence. The Crown's appeal challenges the Court

faire. Par conséquent, elle a jugé inopérante la disposition portant inversion de la charge de la preuve et exigeant que l'accusé prouve selon la prépondérance des probabilités qu'il a été diligent.

Examinant la question de la réparation, la majorité a établi que la violation de l'al. 11d) résultait de l'exigence au par. 37.3(2) que l'accusé «prouve» qu'il a fait montre de diligence. En conséquence, elle a statué que les termes incriminés «si elle prouve que» pourraient être supprimés et jugés inopérants, ce qui laisserait intactes l'infraction énoncée à l'al. 36(1)a) et la défense de diligence raisonnable prévue aux al. 37.3(2)a) et b). Il serait ainsi possible de sauvegarder l'infraction de fausse publicité ainsi que le moyen de défense raisonnable prévu dans la Loi tout en imposant à l'accusé une charge de présentation plutôt que de persuasion à l'égard de la diligence.

Le juge dissident était d'accord pour dire que les al. c) et d) du par. 37.3(2) avaient pour effet de créer une infraction de responsabilité absolue. Toutefois, il a considéré qu'il n'y avait aucune violation de l'al. 11d) en ce qui concerne la défense fondée sur la diligence. Il a jugé que l'imposition à l'accusé d'une charge de persuasion à l'égard de la diligence était compatible avec les arrêts de notre Cour relatifs à l'inversion de la charge de la preuve et à l'al. 11d), étant donné qu'elle n'exigeait pas que l'accusé réfute un élément essentiel de l'infraction. J'aimerais signaler que la Cour d'appel a rendu sa décision avant le dépôt des motifs dans l'arrêt *Keegstra*, précité, où notre Cour a clairement rejeté aux fins de l'al. 11d) la distinction entre les moyens de défense et les éléments constitutifs de l'infraction.

Wholesale Travel se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel et le ministère public a également fait appel. Wholesale Travel soutient tout d'abord que la Cour d'appel aurait dû déclarer invalide l'ensemble du régime législatif plutôt que de supprimer simplement les mots incompatibles au par. 37.3(2). Subsidièrement, elle prétend que la Cour d'appel aurait dû statuer que l'art. 7 de la *Charte* exige que le ministère public prouve l'intention subjective ou l'aveuglement volontaire en ce qui concerne la fausseté alléguée de l'annonce et non qu'il prouve tout simplement le manque de diligence. Dans son pourvoi, le ministère

of Appeal's conclusion regarding the constitutional validity of the impugned provisions.

public conteste la conclusion de la Cour d'appel en ce qui concerne la constitutionnalité des dispositions incriminées.

Issues

On July 26, 1990 Chief Justice Lamer stated the following constitutional questions:

1. Does s. 37.3(2) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, as amended, in whole or in part violate ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, in and of itself or when read in combination with s. 37.3(2) of the *Competition Act*, violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter*?
3. If either question 1 or question 2 is answered in the affirmative, is (are) the impugned provision(s) saved by s. 1 of the *Charter*?

I

Regulatory Offences and Strict Liability

A. The Distinction Between Crimes and Regulatory Offences

The common law has long acknowledged a distinction between truly criminal conduct and conduct, otherwise lawful, which is prohibited in the public interest. Earlier, the designations *mala in se* and *mala prohibita* were utilized; today prohibited acts are generally classified as either crimes or regulatory offences.

While some regulatory legislation such as that pertaining to the content of food and drink dates back to the Middle Ages, the number and significance of regulatory offences increased greatly with the onset of the Industrial Revolution. Unfettered industrialization had led to abuses. Regulations were therefore enacted to protect the vulnerable—particularly the children, men and women who laboured long hours in dangerous and unhealthy surroundings. Without these regulations many would have died. It later became neces-

a Les questions en litige

Le 26 juillet 1990, le juge en chef Lamer a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, et modifications, ou une partie de ce paragraphe, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, pris isolément ou avec le par. 37.3(2) de cette loi, porte-t-il atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*?
3. Si l'une ou l'autre des questions précédentes reçoit une réponse affirmative, peut-on justifier la ou les dispositions contestées en vertu de l'article premier de la *Charte*?

I

Les infractions réglementaires et la responsabilité stricte

A. La distinction entre les crimes et les infractions réglementaires

La common law fait depuis longtemps une distinction entre la conduite criminelle proprement dite et la conduite qui, bien que licite par ailleurs, est interdite dans l'intérêt du public. Autrefois, on utilisait les expressions *mala in se* et *mala prohibita*; aujourd'hui, les actes prohibés sont généralement classés en deux catégories, les crimes et les infractions réglementaires.

Bien que certaines lois de nature réglementaire, comme celles relatives aux aliments et aux boissons, datent du moyen âge, le nombre et l'importance des infractions réglementaires ont considérablement augmenté depuis le début de la révolution industrielle. L'industrialisation sans contrainte avait entraîné des abus. On a donc adopté des dispositions réglementaires pour protéger les personnes vulnérables, en particulier les enfants, les femmes et les hommes qui travaillaient pendant de longues heures dans des

sary to regulate the manufactured products themselves and, still later, the discharge of effluent resulting from the manufacturing process. There is no doubt that regulatory offences were originally and still are designed to protect those who are unable to protect themselves.

English courts have for many years supported and given effect to the policy objectives animating regulatory legislation. In *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918, at p. 922, it was held that, while the *mens rea* presumption applied to true crimes because of the fault and moral culpability which they imply, that same presumption did not apply to offences "which . . . are not criminal in any real sense, but are acts which in the public interest are prohibited under a penalty". This case illustrates the essential distinction in the legal treatment of regulatory as opposed to criminal offences—namely, the removal of the *mens rea* requirement.

The distinction between true crimes and regulatory offences was recognized in Canadian law prior to the adoption of the *Charter*. In *R. v. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] S.C.R. 5, at p. 13, Ritchie J. referred to "a wide category of offences created by statutes enacted for the regulation of individual conduct in the interests of health, convenience, safety and the general welfare of the public" which are not subject to the common law presumption of *mens rea* as an essential element to be proven by the Crown.

R. v. City of Sault Ste. Marie, [1978] 2 S.C.R. 1299, affirmed the distinction between regulatory offences and true crimes. There, on behalf of a unanimous Court, Justice Dickson (as he then was) recognized public welfare offences as a distinct class. He held (at pp. 1302-3) that such offences, although enforced as penal laws through the machinery of the criminal law, "are in substance of a civil nature and might well be regarded as a branch of administrative

endroits dangereux et malsains. Sans ces dispositions, un grand nombre de ces personnes seraient mortes. Il est plus tard devenu nécessaire de réglementer les produits manufacturés eux-mêmes et, par la suite, les effluents dégagés au cours du processus de fabrication. Il ne fait aucun doute que les infractions réglementaires étaient destinées à l'origine, et qu'elles le sont encore, à protéger les personnes incapables de le faire elles-mêmes.

Les tribunaux anglais ont pendant de nombreuses années sanctionné et appliqué les objectifs des politiques qui sont à l'origine des lois réglementaires. Dans l'affaire *Sherras v. De Rutzen*, [1895] 1 Q.B. 918, à la p. 922, il a été jugé que, bien que la présomption de *mens rea* s'applique aux crimes proprement dits en raison de la faute et de la culpabilité morale qu'ils supposent, cette même présomption ne s'applique pas aux infractions [TRADUCTION] «qui [. . .] ne sont pas véritablement de nature criminelle, mais qui constituent des actes prohibés dans l'intérêt du public, sous peine de sanction». Cette affaire illustre la distinction essentielle faite en vertu de la loi entre les infractions réglementaires et les infractions criminelles, savoir la suppression de l'exigence de la *mens rea*.

La distinction entre les crimes proprement dits et les infractions réglementaires a été reconnue en droit canadien avant l'adoption de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Pierce Fisheries Ltd.*, [1971] R.C.S. 5, à la p. 13, le juge Ritchie a parlé d'une «vaste catégorie d'infractions créées par des lois adoptées pour réglementer la conduite des citoyens dans l'intérêt de l'hygiène, de la commodité, de la sécurité et du bien-être public» qui ne sont pas assujetties à la présomption de *mens rea* en common law comme constituant un élément essentiel que doit prouver le ministère public.

L'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, a confirmé la distinction faite entre les infractions réglementaires et les crimes proprement dits. Dans cet arrêt, le juge Dickson, alors juge puîné, a reconnu, au nom d'une Cour unanime, que les infractions contre le bien-être public sont dans une catégorie distincte. Il a conclu (aux pp. 1302 et 1303) que, bien qu'appliquées comme lois pénales par le truchement de la procédure criminelle, ces infractions

law to which traditional principles of criminal law have but limited application.”

The *Sault Ste. Marie* case recognized strict liability as a middle ground between full *mens rea* and absolute liability. Where the offence is one of strict liability, the Crown is required to prove neither *mens rea* nor negligence; conviction may follow merely upon proof beyond a reasonable doubt of the proscribed act. However, it is open to the defendant to avoid liability by proving on a balance of probabilities that all due care was taken. This is the hallmark of the strict liability offence: the defence of due diligence.

Thus, *Sault Ste. Marie* not only affirmed the distinction between regulatory and criminal offences, but also subdivided regulatory offences into categories of strict and absolute liability. The new category of strict liability represented a compromise which acknowledged the importance and essential objectives of regulatory offences but at the same time sought to mitigate the harshness of absolute liability which was found, at p. 1311, to “violate[s] fundamental principles of penal liability”.

The Rationale for the Distinction

It has always been thought that there is a rational basis for distinguishing between crimes and regulatory offences. Acts or actions are criminal when they constitute conduct that is, in itself, so abhorrent to the basic values of human society that it ought to be prohibited completely. Murder, sexual assault, fraud, robbery and theft are all so repugnant to society that they are universally recognized as crimes. At the same time, some conduct is prohibited, not because it is inherently wrongful, but because unregulated activity would result in dangerous conditions being

«sont essentiellement de nature civile et pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif à laquelle les principes traditionnels du droit criminel ne s’appliquent que de façon limitée».

Dans l’arrêt *Sault Ste-Marie*, la Cour a reconnu que la responsabilité stricte constituait un moyen terme entre la *mens rea* complète et la responsabilité absolue. Lorsqu’il s’agit d’une infraction de responsabilité stricte, le ministère public n’a pas à faire la preuve de la *mens rea* ni de la négligence; il peut obtenir une déclaration de culpabilité en prouvant simplement hors de tout doute raisonnable que l’accusé a commis l’acte prohibé. Cependant, il est loisible au défendeur d’écarter sa responsabilité en prouvant, selon la prépondérance des probabilités, qu’il a pris toutes les précautions nécessaires. Telle est la principale caractéristique de l’infraction de responsabilité stricte: la défense de diligence raisonnable.

Dans l’arrêt *Sault Ste-Marie*, la Cour a donc non seulement confirmé la distinction faite entre les infractions réglementaires et les infractions criminelles, mais elle a également subdivisé les infractions réglementaires en infractions de responsabilité stricte et de responsabilité absolue. La nouvelle catégorie d’infractions de responsabilité stricte représentait un compromis qui reconnaissait l’importance et les objectifs essentiels des infractions réglementaires tout en visant à atténuer la sévérité de la responsabilité absolue que l’on a jugé (à la p. 1311) «viole[r] les principes fondamentaux de la responsabilité pénale».

Le fondement de la distinction

On estime depuis toujours qu’il existe une raison logique de faire une distinction entre les crimes et les infractions réglementaires. Des actes ou des actions sont criminels lorsqu’ils constituent une conduite qui, en soi, est si odieuse par rapport aux valeurs fondamentales de la société qu’elle devrait être complètement interdite. Le meurtre, l’agression sexuelle, la fraude, le vol qualifié et le vol sont si répugnants pour la société que l’on reconnaît universellement qu’il s’agit de crimes. Par ailleurs, une certaine conduite est interdite, non pas parce qu’elle est en soi répréhensible mais parce que l’absence de réglementation créerait des conditions dangereuses pour les

imposed upon members of society, especially those who are particularly vulnerable.

The objective of regulatory legislation is to protect the public or broad segments of the public (such as employees, consumers and motorists, to name but a few) from the potentially adverse effects of otherwise lawful activity. Regulatory legislation involves a shift of emphasis from the protection of individual interests and the deterrence and punishment of acts involving moral fault to the protection of public and societal interests. While criminal offences are usually designed to condemn and punish past, inherently wrongful conduct, regulatory measures are generally directed to the prevention of future harm through the enforcement of minimum standards of conduct and care.

It follows that regulatory offences and crimes embody different concepts of fault. Since regulatory offences are directed primarily not to conduct itself but to the consequences of conduct, conviction of a regulatory offence may be thought to import a significantly lesser degree of culpability than conviction of a true crime. The concept of fault in regulatory offences is based upon a reasonable care standard and, as such, does not imply moral blameworthiness in the same manner as criminal fault. Conviction for breach of a regulatory offence suggests nothing more than that the defendant has failed to meet a prescribed standard of care.

That is the theory but, like all theories, its application is difficult. For example, is the single mother who steals a loaf of bread to sustain her family more blameworthy than the employer who, through negligence, breaches regulations and thereby exposes his employees to dangerous working conditions, or the manufacturer who, as a result of negligence, sells dangerous products or pollutes the air and waters by its plant? At this stage it is sufficient to bear in mind that those who breach regulations may inflict serious harm on large segments of society. Therefore, the characterization of an offence as regulatory should

membres de la société, surtout pour ceux qui sont particulièrement vulnérables.

Les lois de nature réglementaire ont pour objectif de protéger le public ou divers groupes importants le composant (les employés, les consommateurs et les automobilistes pour n'en nommer que quelques-uns) contre les effets potentiellement préjudiciables d'activités par ailleurs légales. La législation réglementaire implique que la protection des intérêts publics et sociaux passe avant celle des intérêts individuels et avant la dissuasion et la sanction d'actes comportant une faute morale. Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence.

Il s'ensuit que les infractions réglementaires et les crimes expriment deux concepts de faute différents. Étant donné que les infractions réglementaires ne visent pas principalement la conduite elle-même mais plutôt ses conséquences, on peut penser que la déclaration de culpabilité relative à une infraction réglementaire comporte un degré de culpabilité considérablement moins important qu'une déclaration de culpabilité relative à un crime proprement dit. Le concept de faute en matière d'infractions réglementaires repose sur une norme de diligence raisonnable et, comme tel, ne suppose pas la même réprobation morale que la faute criminelle. La déclaration de culpabilité d'un défendeur relativement à une infraction réglementaire n'indique rien de plus que le fait que celui-ci n'a pas respecté la norme de diligence prescrite.

Telle est la théorie; mais, comme toutes les théories, elle est difficile à appliquer. Par exemple, peut-on blâmer davantage la mère célibataire qui vole une miche de pain pour nourrir sa famille que l'employeur qui, par sa négligence, viole des règlements et, de ce fait, expose ses employés à des conditions de travail dangereuses, ou que le fabricant qui vend des produits dangereux ou dont l'usine pollue l'air et l'eau par suite de sa négligence? Il suffit à ce stade de ne pas perdre de vue que ceux qui violent les dispositions réglementaires peuvent causer un préjudice grave à de nombreux groupes de la société. Par con-

not be thought to make light of either the potential harm to the vulnerable or the responsibility of those subject to regulation to ensure that the proscribed harm does not occur. It should also be remembered that, as social values change, the degree of moral blameworthiness attaching to certain conduct may change as well.

Nevertheless there remains, in my view, a sound basis for distinguishing between regulatory and criminal offences. The distinction has concrete theoretical and practical underpinnings and has proven to be a necessary and workable concept in our law. Since *Sault Ste. Marie*, this Court has reaffirmed the distinction. Most recently, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 510-11, Justice La Forest adopted the following statement of the Law Reform Commission of Canada (*Criminal Responsibility for Group Action*, Working Paper 16, 1976, at p. 12):

[The regulatory offence] is not primarily concerned with values, but with results. While values necessarily underlie all legal prescriptions, the regulatory offence really gives expression to the view that it is expedient for the protection of society and for the orderly use and sharing of society's resources that people act in a prescribed manner in prescribed situations, or that people take prescribed standards of care to avoid risks of injury. The object is to induce compliance with rules for the overall benefit of society.

B. The Fundamental Importance of Regulatory Offences in Canadian Society

Regulatory measures are the primary mechanisms employed by governments in Canada to implement public policy objectives. What is ultimately at stake in this appeal is the ability of federal and provincial

séquent, il ne faudrait pas considérer qu'en qualifiant une infraction de réglementaire, on fait peu de cas du préjudice qui peut être causé aux individus vulnérables ou de l'obligation imposée aux personnes assujetties à la réglementation de prendre les mesures nécessaires afin que le préjudice interdit ne se produise pas. Il convient également de rappeler qu'à mesure que les valeurs sociales changent, le degré de réprobation morale associée à une certaine conduite peut également changer.

Quoi qu'il en soit, il existe encore, à mon avis, une raison logique de faire une distinction entre les infractions réglementaires et les infractions criminelles. Cette distinction a un fondement tant théorique que pratique et elle s'est révélée un concept nécessaire et applicable dans notre droit. Depuis l'arrêt *Sault Ste-Marie*, notre Cour a réaffirmé cette distinction. Tout récemment, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 510 et 511, le juge La Forest a fait sien l'énoncé suivant de la Commission de réforme du droit du Canada (*Responsabilité pénale et conduite collective*, document de travail 16, 1976 à la p. 12):

Il ne s'agit pas cette fois [dans le cas de l'infraction réglementaire] de respecter des valeurs, mais d'obtenir des résultats. Bien que les «valeurs» soient nécessairement à la base de toute prescription d'ordre juridique, c'est à l'occasion des infractions réglementaires que se développe l'optique suivant laquelle il est pratique pour la protection de la société et l'utilisation et le partage ordonné de ses ressources, que les gens agissent d'une certaine manière dans des situations déterminées, ou qu'ils adoptent des normes de prudence données pour éviter le risque que surviennent certains préjudices. Le but est d'inciter la population à se conformer aux règlements pour le bien général de la société.

B. L'importance fondamentale des infractions réglementaires dans la société canadienne

Les mesures réglementaires sont le moyen principal pour les gouvernements au Canada de mettre en œuvre leurs objectifs d'intérêt public. L'enjeu ultime du présent pourvoi est la capacité des gouvernements

governments to pursue social ends through the enactment and enforcement of public welfare legislation.

Some indication of the prevalence of regulatory offences in Canada is provided by a 1974 estimate by the Law Reform Commission of Canada (see "The Size of the Problem", in *Studies in Strict Liability*). The Commission estimated that there were, at that time, approximately 20,000 regulatory offences in an average province, plus an additional 20,000 regulatory offences at the federal level. By 1983, the Commission's estimate of the federal total had reached 97,000. There is every reason to believe that the number of public welfare offences at both levels of government has continued to increase.

Statistics such as these make it obvious that government policy in Canada is pursued principally through regulation. It is through regulatory legislation that the community seeks to implement its larger objectives and to govern itself and the conduct of its members. The ability of the government effectively to regulate potentially harmful conduct must be maintained.

It is difficult to think of an aspect of our lives that is not regulated for our benefit and for the protection of society as a whole. From cradle to grave, we are protected by regulations; they apply to the doctors attending our entry into this world and to the morticians present at our departure. Every day, from waking to sleeping, we profit from regulatory measures which we often take for granted. On rising, we use various forms of energy whose safe distribution and use are governed by regulation. The trains, buses and other vehicles that get us to work are regulated for our safety. The food we eat and the beverages we drink are subject to regulation for the protection of our health.

In short, regulation is absolutely essential for our protection and well being as individuals, and for the effective functioning of society. It is properly present

fédéral et provinciaux de réaliser leurs objectifs sociaux par l'adoption et la mise en application de lois visant à assurer le bien-être public.

^a Une estimation faite en 1974 par la Commission de réforme du droit du Canada donne une certaine idée du nombre d'infractions réglementaires au Canada (voir «The Size of the Problem», dans *Studies in Strict Liability*). La Commission a estimé qu'il existait, à l'époque, environ 20 000 infractions réglementaires en moyenne par province, plus 20 000 autres infractions réglementaires créées par le fédéral. En 1983, la Commission a calculé que ce total avait atteint 97 000 infractions au fédéral. Il y a tout lieu de croire que le nombre d'infractions contre le bien-être public a continué d'augmenter aux deux paliers de gouvernement.

^d De telles statistiques démontrent clairement que les pouvoirs publics au Canada se servent principalement de la réglementation pour mettre en œuvre leurs politiques. C'est par la législation réglementaire que la collectivité tente de réaliser ses objectifs plus généraux et de régir ses propres actes ainsi que la conduite de ses membres. Il faut préserver la capacité du gouvernement de réglementer efficacement les comportements potentiellement préjudiciables.

^f Il est difficile de penser à un aspect de nos vies qui n'est pas réglementé pour notre propre avantage et pour la protection de la société dans son ensemble. Du berceau à la tombe, nous sommes protégés par des dispositions réglementaires; elles s'appliquent tant aux médecins qui nous mettent au monde qu'aux entrepreneurs de pompes funèbres présents à notre départ. Chaque jour, du lever au coucher, nous profitons de mesures réglementaires que nous tenons souvent pour acquises. À notre réveil, nous employons diverses formes d'énergie dont l'utilisation et la distribution sans danger sont réglementées. Les trains, les autobus et les autres véhicules que nous utilisons pour nous rendre au travail font l'objet de dispositions destinées à assurer notre sécurité. Les aliments et les boissons que nous consommons sont soumis à une réglementation visant à protéger notre santé.

^j En bref, les mesures réglementaires sont absolument essentielles pour assurer notre protection et notre bien-être en tant qu'individus et pour permettre

throughout our lives. The more complex the activity, the greater the need for and the greater our reliance upon regulation and its enforcement. For example, most people would have no idea what regulations are required for air transport or how they should be enforced. Of necessity, society relies on government regulation for its safety.

II

The Offence in the Present Case

Competition Legislation Generally

The offence of misleading advertising with which Wholesale Travel is charged is found in the Act. This Act, like its predecessor, the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, is aimed at regulating unacceptable business activity. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, Dickson C.J. held that the Act embodied a complex scheme of economic regulation, the purpose of which is to eliminate activities that reduce competition in the marketplace.

The nature and purpose of the Act was considered in greater detail in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*. La Forest J. pointed out that the Act is aimed at regulating the economy and business with a view to preserving competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. He observed that the Act was not concerned with "real crimes" but with regulatory or public welfare offences. He put the position this way, at p. 510:

At bottom, the Act is really aimed at the regulation of the economy and business, with a view to the preservation of the competitive conditions which are crucial to the operation of a free market economy. This goal has obvious implications for Canada's material prosperity. It also has broad political overtones in that it is aimed at preventing concentration of power It must be remembered that private organizations can be just as oppressive as the state when they gain such a dominant

le fonctionnement efficace de la société. Elles sont justifiées dans tous les aspects de notre vie. Plus une activité est complexe et plus nous avons besoin des dispositions réglementaires et de leur mise en application. Par exemple, la plupart des gens ignorent quelles dispositions réglementaires sont nécessaires en matière de transport aérien ou comment elles devraient être appliquées. Par la force des choses, la société se fie à la réglementation gouvernementale pour assurer sa sécurité.

II

L'infraction dont il est question en l'espèce

Les considérations générales sur la législation relative à la concurrence

L'infraction de publicité trompeuse dont est accusée Wholesale Travel est prévue dans la Loi. Cette loi, comme celle qui l'a précédée, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, est destinée à réglementer les activités commerciales inacceptables. Dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, le juge en chef Dickson a statué que la Loi comportait un système de réglementation économique complexe dont l'objet était d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché.

La nature et l'objet de la Loi ont été examinés plus en détail dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, précité. Le juge La Forest y signale que la Loi vise à réglementer l'économie et le commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. Il fait remarquer que la Loi ne porte pas sur des «crimes proprement dits» mais sur des infractions de nature réglementaire ou contre le bien-être public. Il exprime son point de vue de la manière suivante, à la p. 510:

Au fond, la Loi vise réellement la réglementation de l'économie et du commerce en vue de protéger les conditions de concurrence cruciales au fonctionnement d'une économie de libre marché. Cet objectif comporte évidemment des conséquences pour la prospérité matérielle du Canada. Il comporte également des incidences politiques importantes en ce qu'il vise à prévenir la concentration du pouvoir [. . .] Rappelons que des organismes privés peuvent être tout aussi oppressifs que l'État

position within their sphere of operations that they can effectively force their will upon others.

The conduct regulated or prohibited by the Act is not conduct which is by its very nature morally or socially reprehensible. It is instead conduct we wish to discourage because of our desire to maintain an economic system which is at once productive and consistent with our values of individual liberty. It is, in short, not conduct which would be generally regarded as by its very nature criminal and worthy of criminal sanction. It is conduct which is only criminal in the sense that it is in fact prohibited by law. One's view of whether it should be so proscribed is likely to be functional or utilitarian, in the sense that it will be based on an assessment of the desirability of the economic goals to which combines legislation is directed or its potential effectiveness in achieving those goals. It is conduct which is made criminal for strictly instrumental reasons. [Emphasis added.]

These decisions make it clear that the Act in all its aspects is regulatory in character.

The Offence of False or Misleading Advertising

Is the offence of false or misleading advertising regulatory in nature? It seems to me that the fact that the provision is located within a comprehensive regulatory framework would ordinarily be sufficient to demonstrate its regulatory nature. Several other considerations point to the same conclusion.

The offence of misleading advertising has existed in Canada since 1914. It is not without significance that it was, in 1969, transferred from the *Criminal Code* to the *Combines Investigation Act*, a step which confirms the regulatory nature of the offence. The provision was amended in 1975 to provide for a defence of due diligence, converting the offence from absolute to strict liability.

It is true that the availability of imprisonment as a sanction for breach of a statute might be taken to indicate that the provision is criminal in nature. However, this fact is not itself dispositive of the character of an offence. Rather, one must consider the conduct addressed by the legislation and the purposes for

lorsqu'ils acquièrent un statut tellement important dans leur milieu qu'ils peuvent effectivement imposer leur volonté aux autres.

La conduite réglementée ou interdite par la Loi n'est pas en soi moralement ou socialement répréhensible. Il s'agit plutôt d'une conduite que nous voulons décourager en raison de notre volonté de maintenir un système économique qui soit productif et conforme à nos valeurs de liberté individuelle. Bref, ce n'est pas une conduite qui, de par sa nature même, serait généralement considérée comme criminelle et passible de sanctions criminelles. C'est une conduite qui n'est criminelle que parce qu'elle est effectivement interdite par la loi. Une opinion quant à savoir si elle devrait être ainsi interdite sera vraisemblablement fonctionnelle ou utilitaire, en ce sens qu'elle sera fondée sur une évaluation du caractère souhaitable des objectifs économiques visés par la loi relative aux coalitions ou de son efficacité possible dans la poursuite de ces objectifs. C'est une conduite qui est rendue criminelle pour des raisons strictement pratiques. [Je souligne.]

Ces arrêts indiquent clairement que la Loi est à tous les égards de nature réglementaire.

L'infraction de publicité fausse ou trompeuse

L'infraction de publicité fausse ou trompeuse est-elle de nature réglementaire? Il me semble que la présence de cette disposition dans un cadre réglementaire général suffirait normalement à démontrer sa nature réglementaire. Diverses autres considérations amènent la même conclusion.

L'infraction de publicité trompeuse existe au Canada depuis 1914. Ce n'est pas pour rien que la disposition qui prévoit cette infraction est passée, en 1969, du *Code criminel* à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, mesure qui confirme la nature réglementaire de l'infraction. Cette disposition a été modifiée en 1975 afin d'y insérer une défense de diligence, ce qui a transformé cette infraction de responsabilité absolue en infraction de responsabilité stricte.

On pourrait, il est vrai, considérer que la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement pour violation d'une loi indique que la disposition est de nature criminelle. Cependant, cela ne détermine pas en soi la nature d'une infraction. Il faut plutôt examiner la conduite visée par la loi et les raisons pour lesquelles

which such conduct is regulated. This view was most recently expressed by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, at p. 509. He noted that many regulatory offences provide for imprisonment in order to ensure compliance with the terms of the statute and thereby achieve the regulatory goal.

The appellant has argued that conviction for the offence of false advertising carries a stigma of dishonesty, with the inference that the accused falsely advertised for the purposes of obtaining economic advantage. It is said that nothing could be more damaging to a business than the implication that it has made dishonest representations. In my view, however, the offence does not focus on dishonesty but rather on the harmful consequences of otherwise lawful conduct. Conviction suggests only that the defendant has made a representation to the public which was in fact misleading and that the defendant was unable to establish the exercise of due diligence in preventing the error. This connotes a fault element of negligence rather than one involving moral turpitude. Thus, any stigma that might flow from a conviction is very considerably diminished.

In summary, the offence of false advertising possesses the essential characteristics which distinguish regulatory offences from those which are truly criminal. Accordingly, it should be considered to be a regulatory offence rather than a crime in the ordinary sense.

III

A Contextual Approach to Charter Interpretation

A. The Importance of Considering Charter Rights in Context

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. (as he then was) set out the general approach to *Charter* interpretation and the basic principles to be applied. One of his central premises was the need to consider context in order to render the rights and freedoms guaranteed in the

celle-ci est conçue pour régler cette conduite. C'est le point de vue qu'a exprimé tout récemment le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, précité, à la p. 509. Il a souligné que des peines d'emprisonnement sont prévues dans le cas de nombreuses infractions réglementaires afin d'assurer l'exécution des dispositions de la loi et d'atteindre ainsi l'objectif de la réglementation.

L'appelante a soutenu qu'une déclaration de culpabilité de fausse publicité comporte un stigmate de malhonnêteté qui amène à conclure que l'accusé a fait une fausse publicité dans le but de tirer un avantage économique. Il est allégué que rien ne peut être plus dommageable à une entreprise que l'insinuation qu'elle a donné au public des indications malhonnêtes. Toutefois, à mon avis, l'infraction ne repose pas sur la malhonnêteté, mais plutôt sur les conséquences préjudiciables d'une conduite par ailleurs légale. La déclaration de culpabilité du défendeur laisse simplement supposer que celui-ci a donné au public des indications qui étaient en fait trompeuses et qu'il a été incapable de prouver qu'il avait fait preuve de diligence pour prévenir l'erreur. Cela dénote la négligence plutôt que la turpitude morale. Ce qui, en conséquence, atténue considérablement l'importance de tout stigmate pouvant découler d'une déclaration de culpabilité.

En résumé, l'infraction de fausse publicité possède les caractéristiques essentielles qui distinguent les infractions réglementaires des infractions criminelles proprement dites. On devrait par conséquent considérer qu'il s'agit d'une infraction réglementaire plutôt que d'un crime au sens ordinaire de ce terme.

III

Une méthode contextuelle d'interprétation de la Charte

A. L'importance d'examiner les droits garantis par la Charte dans leur contexte

Dans l'arrêt *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (alors juge puîné) a énoncé la manière générale d'interpréter la *Charte* et les principes fondamentaux à appliquer. L'une de ses principales prémisses était la nécessité d'examiner le contexte afin de donner tout leur sens et toute leur

Charter meaningful and relevant. He observed that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and emphasized that its provisions had to be placed in their proper linguistic, philosophic and historical contexts.

In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, Wilson J. stressed the importance of a contextual approach to *Charter* interpretation. She recognized that a particular right or freedom may have a different meaning depending upon the context in which it is asserted. She put her position this way, at pp. 1355-56:

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. . . . The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

It is my view that a right or freedom may have different meanings in different contexts. . . . It seems entirely probable that the value to be attached to it in different contexts for the purpose of the balancing under s. 1 might also be different. It is for this reason that I believe that the importance of the right or freedom must be assessed in context rather than in the abstract and that its purpose must be ascertained in context. This having been done, the right or freedom must then, in accordance with the dictates of this Court, be given a generous interpretation aimed at fulfilling that purpose and securing for the individual the full benefit of the guarantee. [Emphasis added.]

The approach articulated by Wilson J. has been cited with approval by this Court in several recent cases: see, for example, *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Keegstra*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139.

pertinence aux droits et libertés garantis dans la *Charte*. Il a fait remarquer que la *Charte* n'avait pas été adoptée en l'absence de tout contexte et il a souligné que ses dispositions devaient être situées dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.

Dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Wilson a souligné l'importance de la méthode contextuelle pour interpréter la *Charte*. Elle a reconnu qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir un sens différent selon le contexte dans lequel ils sont revendiqués. Elle a exprimé son point de vue de la manière suivante, aux pp. 1355 et 1356:

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte [. . .] La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents [. . .] Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie. [Je souligne.]

La méthode formulée par le juge Wilson a été citée et approuvée par notre Cour dans plusieurs arrêts récents: voir, par exemple, les arrêts *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139.

It is now clear that the *Charter* is to be interpreted in light of the context in which the claim arises. Context is relevant both with respect to the delineation of the meaning and scope of *Charter* rights, as well as to the determination of the balance to be struck between individual rights and the interests of society.

A contextual approach is particularly appropriate in the present case to take account of the regulatory nature of the offence and its place within a larger scheme of public welfare legislation. This approach requires that the rights asserted by the appellant be considered in light of the regulatory context in which the claim is situated, acknowledging that a *Charter* right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one.

Under the contextual approach, constitutional standards developed in the criminal context cannot be applied automatically to regulatory offences. Rather, the content of the *Charter* right must be determined only after an examination of all relevant factors and in light of the essential differences between the two classes of prohibited activity. This was the approach taken in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*, where La Forest J. stressed the importance of the regulatory nature of the statute in determining the scope of s. 8 of the *Charter* as applied to the *Combines Investigation Act*.

The contextual approach further requires that the appellant's claim be considered and weighed in light of the realities of a modern industrial society, where the regulation of innumerable activities is essential for the benefit of all. It is vital that the fundamentally important role of regulatory legislation in the protection of individuals and groups in Canadian society today be recognized and accepted. Canadians rely on and expect their governments to regulate and control activities which may be dangerous to others. In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R.

Il est désormais clair que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Le contexte est important à la fois pour délimiter la signification et la portée des droits garantis par la *Charte* et pour déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société.

Il est particulièrement approprié en l'espèce d'utiliser la méthode contextuelle afin de tenir compte de la nature réglementaire de l'infraction et de sa présence dans un régime plus global de dispositions législatives visant à assurer le bien-être public. Cette méthode exige qu'on examine les droits revendiqués par l'appelante en tenant compte du cadre réglementaire dans lequel se situe la demande, tout en reconnaissant qu'un droit garanti par la *Charte* peut avoir dans un cadre réglementaire une portée et une incidence différentes de celles qu'ils auraient dans un contexte criminel à proprement dit.

Suivant la méthode contextuelle, les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires. La portée du droit garanti par la *Charte* doit plutôt être déterminée seulement au moyen d'un examen de tous les éléments pertinents, et en fonction des différences essentielles entre les deux catégories d'activités prohibées. Telle a été la méthode adoptée dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd.*, précité, où le juge La Forest a insisté sur l'importance de la nature réglementaire de la loi pour déterminer la portée de l'art. 8 de la *Charte* au regard de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

La méthode contextuelle exige en outre que la demande de l'appelante soit examinée et appréciée en fonction des réalités d'une société industrielle moderne où la réglementation d'innombrables activités est essentielle pour assurer le bien-être de tous. Il est crucial de reconnaître et d'accepter le rôle fondamentalement important des lois de nature réglementaire dans la protection des particuliers et des groupes dans la société canadienne moderne. Les Canadiens attendent de leurs gouvernements qu'ils réglementent et contrôlent les activités qui peuvent se révéler dangereuses. Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge

229, Wilson J. noted the special role of the state in life in Canada. At page 356 of her reasons she wrote:

Canadians recognize that government has traditionally had and continues to have an important role to play in the creation and preservation of a just Canadian society. . . . It is, in my view, untenable to suggest that freedom is co-extensive with the absence of government. Experience shows the contrary, that freedom has often required the intervention and protection of government against private action.

The scale and importance of public welfare legislation in Canada is such that a contextual approach must be taken to the issues raised in this appeal.

B. *The Basis for the Differential Treatment of Regulatory Offences*

In the present case, the contextual approach requires that regulatory and criminal offences be treated differently for the purposes of *Charter* review. Before proceeding to the substantive analysis, however, it is necessary to consider the justifications for differential treatment. They are two-fold: the first relates to the distinctive nature of regulatory activity, while the second acknowledges the fundamental need to protect the vulnerable through regulatory legislation.

1. The Licensing Justification

Those who argue against differential treatment for regulatory offences assert that there is no valid reason to distinguish between the criminal and regulatory accused. Each, it is said, is entitled in law to the same procedural and substantive protections. This view assumes equality of position between criminal and regulatory defendants; that is to say, it assumes that each starts out from a position of equal knowledge, volition and "innocence". The argument against differential treatment further suggests that differentiating between the regulatory and criminal defendants implies the subordination and sacrifice of the regulatory accused to the interests of the community at large. Such a position, it is argued, contravenes our basic concern for individual dignity and our fundamental belief in the importance of the individual. It is

Wilson a signalé le rôle particulier de l'État dans la vie quotidienne au Canada. Elle écrit à la p. 356:

Les Canadiens reconnaissent que le gouvernement a traditionnellement eu et continue d'avoir un rôle important à jouer dans la création et le maintien d'une société canadienne juste [. . .] J'estime qu'on ne peut pas laisser entendre que la liberté correspond à l'absence d'intervention gouvernementale. L'expérience démontre le contraire, que la liberté a souvent requis l'intervention et la protection du gouvernement contre l'action privée.

L'étendue et l'importance des lois assurant le bien-être public au Canada sont telles qu'il est nécessaire de suivre la méthode contextuelle pour répondre aux questions soulevées dans le présent pourvoi.

B. *Le fondement du traitement différent des infractions réglementaires*

En l'espèce, la méthode contextuelle exige que les infractions réglementaires et les infractions criminelles soient traitées différemment aux fins de l'examen fondé sur la *Charte*. Toutefois, avant d'effectuer l'analyse de fond, il est nécessaire d'examiner les raisons qui justifient un traitement différent. Elles sont au nombre de deux: la première concerne la nature distinctive de l'activité réglementaire, tandis que la seconde reconnaît la nécessité fondamentale d'assurer la protection des personnes vulnérables par des lois de nature réglementaire.

1. L'acceptation des conditions

Les adversaires du traitement différent des infractions réglementaires soutiennent qu'il n'existe aucun motif valable de faire une distinction entre la personne accusée d'une infraction criminelle et celle accusée d'une infraction réglementaire. Chacune, affirment-ils, a droit en vertu de la loi à la même protection quant à la procédure et quant au fond. Cette théorie suppose que la personne accusée d'un crime et celle accusée d'une infraction réglementaire sont dans la même position, c'est-à-dire qu'il faut présumer que chacune a au départ la même connaissance, la même volonté et la même «innocence». Cet argument avancé contre le traitement différent des infractions semble en outre indiquer que la différenciation entre les personnes accusées d'une infraction réglementaire et celles accusées d'un crime comporte la

these assumptions which the licensing justification challenges.

Criminal law is rooted in the concepts of individual autonomy and free will and the corollary that each individual is responsible for his or her conduct. It assumes that all persons are free actors, at liberty to choose how to regulate their own actions in relation to others. The criminal law fixes the outer limits of acceptable conduct, constraining individual freedom to a limited degree in order to preserve the freedom of others. Thus, the basis of criminal responsibility is that the accused person has made a deliberate and conscious choice to engage in activity prohibited by the *Criminal Code*. The accused person who is convicted of an offence will be held responsible for his or her actions, with the result that the opprobrium of society will attach to those acts and any punishment imposed will be considered to be deserved.

The licensing argument is directed to this question of choice. Thus, while in the criminal context, the essential question to be determined is whether the accused has made the choice to act in the manner alleged in the indictment, the regulated defendant is, by virtue of the licensing argument, assumed to have made the choice to engage in the regulated activity. The question then becomes not whether the defendant chose to enter the regulated sphere but whether, having done so, the defendant has fulfilled the responsibilities attending that decision. Professor Richardson puts the position this way in "Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research," [1987] *Crim. L.R.* 295, at pp. 295-96:

... it can be argued that the strict liability regulatory offender is not a "blameless innocent". By indulging in the regulated activity she has voluntarily adopted the risks of regulatory infraction and her supposed "innocence" flows from the law's traditional tendency to view

subordination et le sacrifice de la personne accusée d'une infraction réglementaire aux intérêts de la collectivité en général. Une telle position, affirme-t-on, est incompatible avec notre préoccupation fondamentale pour la dignité de l'individu et avec notre croyance dans l'importance de ce dernier. Ce sont ces conceptions que remet en cause la théorie de l'acceptation des conditions.

Le droit pénal repose sur les concepts du libre arbitre et de l'autonomie de l'individu ainsi que sur le corollaire voulant que chaque individu est responsable de sa conduite. Il suppose que toutes les personnes sont libres d'agir et ont la liberté de choisir comment réglementer leurs actes par rapport à autrui. Le droit pénal fixe les limites de ce qui constitue une conduite acceptable, restreignant dans une certaine mesure la liberté individuelle afin de préserver la liberté d'autrui. La responsabilité pénale repose donc sur le postulat suivant: l'accusé a choisi délibérément et consciemment de se livrer à l'activité prohibée par le *Code criminel*. L'accusé reconnu coupable d'une infraction sera tenu responsable de ses actes et, en conséquence, ce sont ces actes qui feront l'objet de la réprobation sociale et tout châtiment qui pourra être infligé sera jugé mérité.

L'argument reposant sur l'acceptation des conditions concerne cette question du choix. Alors que, dans le contexte pénal, la question essentielle consiste à déterminer si l'accusé a choisi d'agir de la manière alléguée dans l'acte d'accusation, la personne accusée d'une infraction réglementaire est, en vertu de l'argument fondé sur l'acceptation des conditions, présumée avoir choisi de se livrer à l'activité réglementée. Il ne s'agit donc pas de déterminer si le défendeur a choisi d'exercer l'activité réglementée mais plutôt si, ce faisant, il a assumé les responsabilités afférentes à sa décision. Le professeur Richardson explique cette position de la manière suivante dans «Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research,» [1987] *Crim. L.R.* 295, aux pp. 295 et 296:

[TRADUCTION] ... on peut alléguer que la contrevenante à la réglementation de responsabilité stricte n'est pas une «innocente n'ayant rien à se reprocher». En se livrant à l'activité réglementée, elle a volontairement choisi d'accepter les risques de commettre une infrac-

the criminal act "only in the context of its immediate past".

The licensing concept rests on the view that those who choose to participate in regulated activities have, in doing so, placed themselves in a responsible relationship to the public generally and must accept the consequences of that responsibility. Therefore, it is said, those who engage in regulated activity should, as part of the burden of responsible conduct attending participation in the regulated field, be deemed to have accepted certain terms and conditions applicable to those who act within the regulated sphere. Foremost among these implied terms is an undertaking that the conduct of the regulated actor will comply with and maintain a certain minimum standard of care.

The licensing justification is based not only on the idea of a conscious choice being made to enter a regulated field but also on the concept of control. The concept is that those persons who enter a regulated field are in the best position to control the harm which may result, and that they should therefore be held responsible for it. A compelling statement of this view is found in the decision of the United States Supreme Court in *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952), where the court stated, at p. 256:

The accused, if he does not will the violation, usually is in a position to prevent it with no more care than society might reasonably expect and no more exertion than it might reasonably exact from one who assumed his responsibilities.

The licensing justification may not apply in all circumstances to all offenders. That is, there are some cases in which the licensing argument may not apply so as to permit the imputation to an accused of choice, knowledge and implied acceptance of regulatory terms and conditions. This may occur, for instance, where the nature of the regulated conduct is so innocuous that it would not trigger in the mind of

tion réglementaire et son «innocence» présumée découle du fait que l'on a traditionnellement tendance en droit à ne considérer l'acte criminel «que dans le contexte de son passé immédiat».

^a Le concept de l'acceptation des conditions repose sur la théorie que ceux qui choisissent de se livrer à des activités réglementées ont, en agissant ainsi, établi un rapport de responsabilité à l'égard du public en général et doivent assumer les conséquences de cette responsabilité. C'est pourquoi on devrait considérer, dit-on, que ceux qui se livrent à une activité réglementée ont accepté, dans le cadre de la conduite responsable qu'ils doivent assumer en raison de leur participation au domaine réglementé, certaines conditions applicables aux personnes qui agissent dans la sphère réglementée. La plus importante de ces conditions est l'engagement de la personne assujettie à la réglementation de faire preuve dans sa conduite d'un minimum de diligence.

^e La théorie de l'acceptation des conditions repose non seulement sur l'idée que la personne a choisi consciemment d'exercer une activité réglementée, mais aussi sur le concept du contrôle. Selon ce concept, les personnes qui se lancent dans un domaine réglementé sont les mieux placées pour contrôler le préjudice qui peut en découler et elles devraient donc en être tenues responsables. La Cour suprême des États-Unis s'est exprimée de manière décisive sur ce point dans l'arrêt *Morissette v. United States*, 342 U.S. 246 (1952), où elle a statué, à la p. 256:

^g [TRADUCTION] L'accusé, s'il ne désire pas que l'infraction se produise, est habituellement en position d'empêcher celle-ci sans qu'il lui soit nécessaire de faire preuve de plus de diligence que la société pourrait raisonnablement exiger de lui et sans faire davantage l'objet de pressions qu'il ne serait raisonnablement possible d'exercer contre une personne qui assume ses responsabilités.

ⁱ La théorie de l'acceptation des conditions peut ne pas s'appliquer dans toutes les circonstances et à tous les contrevenants. C'est-à-dire qu'il y a des cas où l'argument fondé sur l'acceptation des conditions ne s'appliquera peut-être pas de manière à ce que puissent être imputés à l'accusé un choix, des connaissances et l'acceptation implicite des modalités réglementaires. Cela peut se produire notamment lorsque

a reasonable person the possibility that the conduct was regulated.

The nature of the regulated conduct will itself go far to determining whether the licensing argument applies. It is useful to distinguish between conduct which, by virtue of its inherent danger or the risk it engenders for others, would generally alert a reasonable person to the probability that the conduct would be regulated, from that conduct which is so mundane and apparently harmless that no thought would ordinarily be given to its potentially regulated nature. In the latter circumstances, the licensing argument would not apply.

This approach is reflected in the American authorities. In *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957), the accused had been convicted under a municipal ordinance requiring felons who remained in the city of Los Angeles for more than five days to register with the Chief of Police. The U.S. Supreme Court reversed the conviction on the basis that the accused would have no reason to know of the duty to register. Due to the nature of the ordinance in question, the court held the licensing argument could not be applied so as to impute to the accused choice and knowledge of the regulated nature of the proscribed conduct. Since there was nothing in the nature of the regulated activity to put the accused on notice that the conduct in question was regulated, the court held, it would be fundamentally unfair to permit conviction in the absence of proof of actual knowledge of the duty to register.

On the other hand, in *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1971), and *United States v. International Minerals and Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971), the court held that the inherently dangerous nature of the regulated activity (possession of firearms and shipping of corrosive acids respectively) was sufficient to put the accused person on notice that the conduct in question was regulated. In those circumstances, the court held, the probability of regu-

la conduite réglementée est de nature tellement anodine qu'aucune personne raisonnable n'envisagerait qu'elle puisse être réglementée.

a La nature de la conduite réglementée sera elle-même d'un grand secours pour déterminer l'applicabilité de l'argument fondé sur l'acceptation des conditions. Il est utile de distinguer entre la conduite qui, en raison du danger qu'elle comporte en soi ou du risque qu'elle présente pour autrui, ferait généralement naître chez une personne raisonnable l'idée qu'il s'agit vraisemblablement d'une conduite réglementée, et la conduite qui est à ce point banale et, en apparence, inoffensive qu'on ne penserait pas normalement qu'elle pourrait être réglementée. Dans ce dernier cas, l'argument reposant sur l'acceptation des conditions ne s'appliquerait pas.

d Cette façon de voir est reflétée dans la jurisprudence américaine. Dans l'affaire *Lambert v. California*, 355 U.S. 225 (1957), l'accusé avait été reconnu coupable en vertu d'une ordonnance municipale exigeant que tout criminel qui passait plus de cinq jours à Los Angeles se fasse inscrire auprès du chef de police. La Cour suprême des États-Unis a annulé la déclaration de culpabilité au motif que l'accusé n'avait aucune raison d'être au courant de l'obligation de s'inscrire. Selon la cour, vu la nature de l'ordonnance en question, l'argument fondé sur l'acceptation des conditions ne pouvait être appliqué de manière à imputer à l'accusé un choix et la connaissance du caractère réglementé de la conduite proscrire; comme il n'y avait dans la nature de l'activité réglementée rien qui permette à l'accusé de penser qu'il s'agissait d'une conduite réglementée, ce serait une injustice fondamentale que de permettre qu'un verdict de culpabilité soit rendu en l'absence d'éléments de preuve établissant la connaissance effective de l'obligation d'inscription.

Par ailleurs, dans les arrêts *United States v. Freed*, 401 U.S. 601 (1971), et *United States v. International Minerals and Chemical Corp.*, 402 U.S. 558 (1971), la cour a jugé que la nature dangereuse en soi des activités réglementées (la possession d'armes à feu et le transport d'acides corrosifs respectivement) suffisait pour avertir l'accusé que la conduite en cause pouvait être réglementée. Dans ces circonstances, a dit la cour, la probabilité de réglementation est si

lation is so great that awareness of the regulation can be presumed.

These considerations do not, however, apply in the present case. The appellant, having chosen to enter a regulated sphere of business activity, the regulation of which had received wide publicity, should have known that there would be regulations governing its conduct.

The licensing justification has been advanced by academic writers as a basis for the differential treatment of crimes and regulatory offences. Professor Webb has put the position this way (“Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead” (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 419, at p. 452):

Criminal Code offences are typically but not always outright prohibitions of certain conduct, not part of a larger administrative regime which permits specified behaviour to take place under controlled circumstances. This is in direct contrast to regulatory offences, which are typically an adjunct to legal schemes permitting activities within pre-established limits and subject to certain conditions. Before a regulator will authorize a regulatee to engage in controlled activities, the regulatee must agree to abide by a set of rules, and must be found fit to carry out the regulated activity. A driver’s licence is a good example of such an arrangement. In effect, this arrangement *establishes and certifies that the regulatee knows the standards which he or she must meet, is capable of meeting them, and accepts that should his or her conduct fall below these standards, he or she may be subject to administrative actions and penalties prescribed in legislation, according to procedures which take into account the special knowledge of the regulatee.* The fact that an accused is participating in a regulated activity and has met the initial “entrance requirements” leads to a legally imposed or assumed awareness on his or her part of the risks associated with that activity. [Emphasis in original.]

He later added, at p. 476:

The fact that a strict liability offence is a component in a larger regulatory system justifies the assumption that as a pre-condition to engaging in regulated activity, regulatees have been made aware of the standards which they must meet, and accept that should their conduct fall

grande qu’on est présumé savoir que l’activité est réglementée.

Ces considérations ne jouent cependant pas en l’espèce, car l’appelante, ayant choisi de se livrer à des activités commerciales réglementées—réglementation qui avait d’ailleurs reçu une large publicité—aurait dû savoir que sa conduite serait soumise à des règlements.

Des commentateurs ont avancé la théorie de l’acceptation des conditions pour justifier le traitement différent des crimes et des infractions réglementaires. Le professeur Webb a expliqué cette position de la manière suivante («Regulatory Offences, the Mental Element and the *Charter*: Rough Road Ahead” (1989), 21 *R. de. D. d’Ottawa* 419, à la p. 452):

[TRADUCTION] Les infractions prévues au *Code criminel* représentent habituellement, mais non dans tous les cas, l’interdiction absolue d’une certaine conduite, interdiction qui ne fait pas partie d’un régime administratif plus général autorisant un comportement spécifique dans des circonstances réglementées. C’est tout le contraire des infractions réglementaires qui sont habituellement des dispositions accessoires aux régimes légaux autorisant certaines activités dans des limites déterminées d’avance et sous réserve de certaines conditions. Avant qu’une autorité réglementante ne décide d’autoriser un particulier à exercer des activités réglementées, celui-ci doit accepter de se conformer à un ensemble de règles et il doit être jugé capable d’exercer l’activité réglementée. Le permis de conduire constitue un bon exemple de ce genre d’entente. En effet, cette entente *établit et certifie que le particulier connaît les normes qu’il doit respecter, qu’il est capable de le faire et qu’il reconnaît que, si sa conduite ne devait pas respecter ces normes, il pourra faire l’objet de mesures et de sanctions administratives prescrites par la loi, suivant des procédures qui tiennent compte de ses connaissances particulières.* On peut conclure du fait qu’un accusé participe à une activité réglementée et a satisfait aux «exigences» initiales qu’il connaissait ou qu’il était légalement présumé connaître les risques liés à cette activité. [En italique dans l’original.]

Il a ajouté plus loin, à la p. 476:

[TRADUCTION] On peut présumer, étant donné qu’une infraction de responsabilité stricte fait partie d’un régime réglementaire plus vaste, que la condition préalable pour qu’un particulier assujéti à cette réglementation puisse exercer une activité réglementée est qu’il

below these standards, they may be subject to penalties pursuant to procedures which reflect their special position as regulatees.

The licensing justification finds support as well in the recent decision of this Court in *Thomson Newspapers Ltd.*, *supra*. There, in holding that it was necessary to interpret the asserted right in light of the regulatory context in which the claim arose, La Forest J. relied on licensing-type considerations to find that there was a diminished expectation of privacy in the minds of those whose conduct was regulated. At pages 506-7 he wrote:

... the degree of privacy the citizen can reasonably expect may vary significantly depending upon the activity that brings him or her into contact with the state. In a modern industrial society, it is generally accepted that many activities in which individuals can engage must nevertheless to a greater or lesser extent be regulated by the state to ensure that the individual's pursuit of his or her self-interest is compatible with the community's interest in the realization of collective goals and aspirations.

By virtue of the decision to enter the regulated field, the regulated person (here the appellant) can be taken to have accepted certain terms and conditions of entry. To paraphrase La Forest J., the procedural and substantive protections a person can reasonably expect may vary depending upon the activity that brings that person into contact with the state. Thus the extent of *Charter* protection may differ depending upon whether the activity in question is regulatory or criminal in nature.

In this way, the licensing argument provides a link between the distinction between criminal and regulatory offences and the differential treatment of those two categories for the purposes of *Charter* review.

doit avoir été informé des normes qu'il devra respecter et accepter que, si sa conduite ne satisfait pas à ces normes, il pourra faire l'objet de peines conformément à des procédures qui tiennent compte de sa situation particulière en tant que personne assujettie à la réglementation.

La théorie de l'acceptation des conditions trouve également appui dans l'arrêt récent de notre Cour *Thomson Newspapers Ltd.*, précité. Ayant statué dans cet arrêt qu'il était nécessaire d'interpréter le droit revendiqué en fonction du contexte réglementaire dans lequel la revendication avait pris naissance, le juge La Forest s'est fondé sur des considérations analogues quant à la liberté d'action pour conclure que les particuliers dont la conduite est réglementée ont des attentes moins grandes en ce qui concerne le respect de leur droit à la vie privée. Il a écrit aux pp. 506 et 507:

... ce degré de vie privée auquel le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier considérablement selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. Dans une société industrielle moderne, on reconnaît généralement que de nombreuses activités auxquelles peuvent se livrer des particuliers doivent malgré tout être plus ou moins réglementées par l'État pour veiller à ce que la poursuite des intérêts des particuliers soit compatible avec les intérêts de la collectivité dans la réalisation des buts et des aspirations collectifs.

En raison de la décision qu'elle a prise de s'engager dans le domaine réglementé, on peut considérer que la personne assujettie à la réglementation (en l'espèce, l'appelante) a accepté certaines conditions d'entrée. Pour reprendre les termes du juge La Forest, on peut dire que la protection quant à la procédure et quant au fond à laquelle le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier selon les activités qui le mettent en contact avec l'État. La protection offerte par la *Charte* peut donc varier selon que l'activité en cause est de nature réglementaire ou de nature criminelle.

L'argument fondé sur l'acceptation des conditions établit donc ainsi un lien entre la distinction faite entre les infractions criminelles et les infractions réglementaires et le traitement différent que reçoivent

There is, as well, a second justification for differential treatment.

2. The Vulnerability Justification

The realities and complexities of a modern industrial society coupled with the very real need to protect all of society and particularly its vulnerable members, emphasize the critical importance of regulatory offences in Canada today. Our country simply could not function without extensive regulatory legislation. The protection provided by such measures constitutes a second justification for the differential treatment, for *Charter* purposes, of regulatory and criminal offences.

This Court has on several occasions observed that the *Charter* is not an instrument to be used by the well positioned to roll back legislative protections enacted on behalf of the vulnerable. This principle was first enunciated by Dickson C.J. for the majority in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. He wrote, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

The same principle has been repeated and emphasized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993, and in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051. This principle recognizes that much government regulation is designed to protect the vulnerable. It would be unfortunate indeed if the *Charter* were used as a weapon to attack measures intended to protect the disadvantaged and comparatively powerless members of society. It is interesting to observe that in the United States, courts struck down important components of the program of regulatory legislation known as "the New Deal". This so-called "*Lochner* era" is now almost universally regarded by

ces deux catégories d'infractions aux fins d'un examen fondé sur la *Charte*. Une seconde raison permet de justifier le traitement différent des infractions.

a 2. La vulnérabilité

Les réalités et les complexités d'une société industrielle moderne associées au besoin réel de protéger tous les membres de la société et, en particulier, ceux qui sont vulnérables font ressortir l'importance cruciale des infractions réglementaires au Canada aujourd'hui. Notre pays ne pourrait tout simplement pas fonctionner sans réglementation très étendue. La protection fournie par de telles mesures est une seconde justification du traitement différent des infractions réglementaires et des infractions criminelles aux fins de la *Charte*.

Notre Cour a fait remarquer à diverses occasions que la *Charte* n'est pas un instrument dont peuvent se servir les personnes favorisées pour écarter les protections législatives adoptées afin de protéger ceux qui sont vulnérables. Ce principe a été énoncé pour la première fois par le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Il a écrit, à la p. 779:

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Ce même principe a été repris et souligné dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 993, et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051. Ce principe reconnaît qu'une grande partie de la réglementation adoptée par le gouvernement vise à protéger les personnes vulnérables. En fait, il serait malheureux que la *Charte* puisse être utilisée pour contester des mesures destinées à protéger les membres les moins favorisés de la société qui sont comparativement dénués de pouvoirs. Il est intéressant de signaler qu'aux États-Unis, les tribunaux ont invalidé d'importantes dispositions législatives du programme de réglementation connu sous le nom de «New Deal». Presque tous les commentateurs s'entendent pour dire aujourd'hui que cette période appe-

academic writers as a dark age in the history of the American Constitution.

Regulatory legislation is essential to the operation of our complex industrial society; it plays a legitimate and vital role in protecting those who are most vulnerable and least able to protect themselves. The extent and importance of that role has increased continuously since the onset of the Industrial Revolution. Before effective workplace legislation was enacted, labourers—including children—worked unconscionably long hours in dangerous and unhealthy surroundings that evoke visions of Dante's *Inferno*. It was regulatory legislation with its enforcement provisions which brought to an end the shameful situation that existed in mines, factories and workshops in the nineteenth century. The differential treatment of regulatory offences is justified by their common goal of protecting the vulnerable.

The importance of the vulnerability concept as a component of the contextual approach to *Charter* interpretation has been recognized in the employer/employee field in *Edwards Books, supra*, and *Slaight Communications Inc., supra*, and in the sphere of commercial advertising in *Irwin Toy Ltd., supra*. The same considerations should apply whenever regulatory legislation is subject to *Charter* challenge.

It follows that a contextual approach is required in the present case in order that the distinctive nature of regulatory offences and their fundamental importance in Canadian society may be considered. Both licensing and vulnerability considerations justify differential treatment for the purposes of *Charter* interpretation, of crimes and regulatory offences. This, then, is the basis upon which the present case must be approached.

lée «l'ère *Lochner*» constitue une époque sombre dans l'histoire de la Constitution américaine.

Les lois de nature réglementaire sont essentielles au fonctionnement de notre société industrielle complexe; elles jouent un rôle crucial et légitime dans la protection des citoyens qui sont les plus vulnérables et qui sont les moins capables de se protéger eux-mêmes. Ce rôle a constamment pris de l'ampleur depuis le début de la révolution industrielle. Avant l'adoption de lois efficaces sur les conditions et les lieux de travail, on imposait aux travailleurs, y compris aux enfants, des horaires de travail déraisonnablement longs dans des endroits dangereux et malsains qui évoquent des visions de l'*Enfer* de Dante. Ce sont les lois de réglementation et leurs dispositions d'application qui ont mis fin à la situation scandaleuse qui existait dans les mines, dans les usines et dans les ateliers au XIX^e siècle. Le traitement différent des infractions réglementaires se justifie par leur objectif commun qui est de protéger ceux qui sont vulnérables.

L'importance du concept de vulnérabilité comme élément de la méthode contextuelle d'interprétation de la *Charte* a été reconnue dans le domaine des rapports employeur-employés dans les arrêts *Edwards Books* et *Slaight Communications Inc.*, précités, ainsi que dans le domaine de la publicité commerciale dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*, précité. Les mêmes considérations devraient s'appliquer chaque fois qu'une loi réglementaire fait l'objet d'une contestation fondée sur la *Charte*.

Il s'ensuit qu'il est nécessaire, en l'espèce, d'avoir recours à la méthode contextuelle afin d'examiner le caractère distinctif des infractions réglementaires et leur importance fondamentale dans la société canadienne. Des considérations relatives tant à l'acceptation des conditions qu'à la vulnérabilité justifient le traitement différent des crimes et des infractions réglementaires aux fins de l'interprétation de la *Charte*. C'est donc en fonction de ces éléments qu'il faut examiner la présente espèce.

IV

The Constitutionality of Strict Liability

The appellant argues that strict liability violates the *Charter* on two bases. First, it is said that, at least where imprisonment is available as a sanction, s. 7 of the *Charter* requires a minimum fault element of guilty intent or wilful blindness to be proven; it is argued that, under s. 7, negligence is an insufficient degree of fault to justify a conviction. Second, the appellant alleges that the traditional requirement in strict liability offences that the defendant establish due diligence on a balance of probabilities violates the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. Let us consider these submissions.

A. Section 7: The Mens Rea Issue

Wholesale Travel contends that wherever imprisonment is available as a penalty for breach of a regulatory statute, the failure to require the Crown to prove guilty intent as an essential element of the offence violates s. 7 of the *Charter*. It is constitutionally impermissible, it is argued, to impose liability solely on the basis of lack of reasonable care. Thus, it is the appellant's position that strict liability as defined in *Sault Ste. Marie* has been superseded and rendered invalid by the *Charter*. The appellant's argument, if accepted, would eliminate any distinction between criminal and regulatory offences.

The question to be determined at this stage is what level of *mens rea* is required by s. 7 of the *Charter*. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, the Court considered a challenge to a provincial absolute liability offence which provided for a minimum period of imprisonment. Lamer J. (as he then was), giving the reasons of the majority of the Court, stated at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is

IV

La constitutionnalité de la responsabilité stricte

L'appelante soutient que la responsabilité stricte viole la *Charte* à deux égards. Premièrement, elle prétend que l'art. 7 de la *Charte* exige la preuve d'un élément minimal de faute, soit l'intention coupable ou l'aveuglement volontaire, du moins lorsqu'une peine d'emprisonnement est prévue; elle fait valoir que, suivant l'art. 7, la négligence ne constitue pas une faute suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité. Deuxièmement, l'appelante soutient que l'obligation traditionnelle imposée au défendeur en matière d'infractions de responsabilité stricte de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait montre de diligence raisonnable viole la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. Examinons maintenant ces prétentions.

A. L'article 7: la question de la mens rea

D'après Wholesale Travel, chaque fois qu'une peine d'emprisonnement est prévue en cas de violation d'une loi de nature réglementaire, l'omission d'exiger que le ministère public prouve l'intention coupable comme élément essentiel de l'infraction viole l'art. 7 de la *Charte*. La Constitution ne permet pas, fait-elle valoir, qu'on impute une responsabilité en se fondant uniquement sur l'absence de diligence raisonnable. C'est pourquoi l'appelante est d'avis que la responsabilité stricte définie dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* a été remplacée et invalidée par la *Charte*. L'argument de l'appelante, s'il était retenu, ferait disparaître toute distinction entre les infractions criminelles et les infractions réglementaires.

La question à laquelle il faut répondre à ce stade est de savoir quel est le degré de *mens rea* requis par l'art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, la Cour a examiné la contestation d'une infraction de responsabilité absolue créée par la province qui prévoyait une période minimale d'emprisonnement. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge Lamer (alors juge puîné) a dit, à la p. 492:

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine

available as a penalty, such a law then violates a person's right to liberty under s. 7 . . .

In other words, absolute liability and imprisonment cannot be combined.

At the same time, Lamer J. was careful to note that, at p. 515, absolute liability *per se* does not violate s. 7, but does so "only if and to the extent that it has the potential of depriving of life, liberty or security of the person".

In the *Vaillancourt* case, *supra*, Lamer J. expanded upon his reasons in *Re B.C. Motor Vehicle Act*. He stated at p. 652:

. . . *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. It thus elevated *mens rea* from a presumed element in *Sault Ste. Marie, supra*, to a constitutionally required element. *Re B.C. Motor Vehicle Act* did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. [Emphasis in original.]

It can be seen that *Vaillancourt* specifically left open the question of whether, in circumstances where imprisonment is available as a penalty, strict liability with its attenuated fault requirement of negligence constitutes an acceptable basis of liability under s. 7 of the *Charter*.

What emerges from *Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Vaillancourt* is that the principles of fundamental justice referred to in s. 7 of the *Charter* prohibit the imposition of penal liability and punishment without proof of fault. Fault was thus elevated from a presumed element of an offence in *Sault Ste. Marie* to a constitutionally required element under the *Charter*.

d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 . . .

En d'autres termes, la responsabilité absolue et la peine d'emprisonnement ne peuvent être combinées.

En même temps, le juge Lamer a pris bien soin de souligner, à la p. 515, que la responsabilité absolue ne viole pas en soi l'art. 7, mais qu'elle ne le fait «que si et dans la mesure où elle peut avoir comme conséquence de porter atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne».

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, le juge Lamer a expliqué les motifs qu'il avait rédigés dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* Il a dit à la p. 652:

. . . dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l'État recourt à la restriction de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. De l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, la *mens rea* est ainsi devenue un élément requis par la Constitution. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu'exige la Constitution pour chaque type d'infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. [Souligné dans l'original.]

On peut constater que l'arrêt *Vaillancourt* n'a pas tranché la question de savoir si, dans les cas où une peine d'emprisonnement est prévue, la responsabilité stricte et son exigence moindre relative à la négligence constituent, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, un motif acceptable pour imputer une responsabilité.

Il ressort du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et de l'arrêt *Vaillancourt* que les principes de justice fondamentale dont il est question à l'art. 7 de la *Charte* interdisent d'imputer une responsabilité pénale et d'infliger une peine en l'absence de la preuve d'une faute. De l'élément présumé d'une infraction qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la

These cases did not, however, decide what level of fault is constitutionally required for every type of offence; rather, they make it clear that the degree of fault required will vary with the nature of the offence and the penalties available upon conviction. *Re B.C. Motor Vehicle Act* does establish, however, that where imprisonment is available as a penalty, absolute liability cannot be imposed since it removes the fault element entirely and, in so doing, permits the punishment of the morally innocent.

The question which must now be determined is as follows: in situations where imprisonment is available as a penalty, does s. 7 require proof of a degree of fault greater than negligence? That is to say, must a positive mental state be established in order to justify a conviction?

The Crown submits that the reasons of this Court in *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, dispose of the appellant's s. 7 argument. In *Logan*, the accused argued that s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* since it would permit a party to an offence to be convicted on the basis of objective intention. The question to be determined was whether s. 7 requires a minimum level of *mens rea* and, if so, what that level might be. In answering this question, Lamer C.J. for the majority wrote, at p. 743:

As I have stated in *Vaillancourt*, the principles of fundamental justice require a minimum degree of *mens rea* for only a very few offences. The criteria by which these offences can be identified are, primarily, the stigma associated with a conviction and, as a secondary consideration, the penalties available.

The Crown submits that the words of the Chief Justice indicate that, even for some criminal offences, it is constitutionally permissible to remove the *mens rea* requirement entirely; as a result, it is said, there is no basis upon which to impose a minimum mental element for regulatory offences. I cannot accept this contention. In the passage quoted from *Logan*, the

faute est ainsi devenue un élément requis par la Constitution en vertu de la *Charte*. Toutefois, ces arrêts ne déterminent pas le degré de faute requis par la Constitution pour chaque catégorie d'infraction mais ils indiquent clairement que ce degré de faute varie suivant la nature de l'infraction et les peines pouvant être infligées en cas de déclaration de culpabilité. Le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* établit toutefois que lorsqu'une peine d'emprisonnement est prévue, on ne peut imputer de responsabilité absolue car celle-ci fait totalement disparaître l'élément de faute et, de ce fait, permet de punir celui qui est moralement innocent.

La question à laquelle il faut maintenant répondre est la suivante: dans les cas où une peine d'emprisonnement est prévue, l'art. 7 exige-t-il la preuve d'un degré de faute plus élevé que la négligence? En d'autres termes, doit-on prouver l'existence d'un état d'esprit positif pour justifier une déclaration de culpabilité?

Le ministère public soutient que les motifs de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, tranchent l'argument de l'appelante fondé sur l'art. 7. Dans *Logan*, l'accusé prétendait que le par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* parce qu'il permettrait qu'une partie à une infraction soit déclarée coupable sur le fondement de l'intention objective. Il s'agissait de déterminer si l'art. 7 exige un degré minimum de *mens rea* et, le cas échéant, quel devrait être ce degré. En réponse à cette question, le juge en chef Lamer a écrit au nom de la majorité, à la p. 743:

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Vaillancourt*, les principes de justice fondamentale exigent un degré minimum de *mens rea* que pour très peu d'infractions. Les critères qui permettent d'identifier ces infractions sont, principalement, les stigmates associés à une déclaration de culpabilité et, comme considération secondaire, les peines qui peuvent être imposées.

Le ministère public prétend que les mots du Juge en chef indiquent que, même pour certaines infractions criminelles, il est constitutionnellement permis d'écartier complètement l'exigence de la *mens rea*; en conséquence, il n'existe aucun motif d'exiger un élément moral minimum pour les infractions réglementaires. Je ne peux accepter cette prétention. Dans

Chief Justice was considering whether s. 7 requires subjective (as opposed to objective) intent as a minimum level of *mens rea* for all criminal offences. He was not dealing with the issue of whether s. 7 requires proof of any *mens rea* at all. It is that question which is raised by the appellant's argument.

Does section 7 require in all cases that the Crown prove *mens rea* as an essential element of the offence? The resolution of this question requires that a contextual approach be taken to the meaning and scope of the s. 7 right. Certainly, there can be no doubt that s. 7 requires proof of some degree of fault. That fault may be demonstrated by proof of intent, whether subjective or objective, or by proof of negligent conduct, depending on the nature of the offence. While it is not necessary in this case to determine the requisite degree of fault necessary to prove the commission of particular crimes, I am of the view that with respect to regulatory offences, proof of negligence satisfies the requirement of fault demanded by s. 7. Although the element of fault may not be removed completely, the demands of s. 7 will be met in the regulatory context where liability is imposed for conduct which breaches the standard of reasonable care required of those operating in the regulated field.

It should not be forgotten that *mens rea* and negligence are both fault elements which provide a basis for the imposition of liability. *Mens rea* focuses on the mental state of the accused and requires proof of a positive state of mind such as intent, recklessness or wilful blindness. Negligence, on the other hand, measures the conduct of the accused on the basis of an objective standard, irrespective of the accused's subjective mental state. Where negligence is the basis of liability, the question is not what the accused intended but rather whether the accused exercised reasonable care. The application of the contextual approach suggests that negligence is an acceptable

l'extrait tiré de l'arrêt *Logan*, le Juge en chef examinait si l'art. 7 exige une intention subjective (par opposition à l'intention objective) comme degré minimum de *mens rea* pour toutes les infractions criminelles. Il n'abordait pas la question de savoir si l'art. 7 exige la preuve de la *mens rea*. C'est cette question que soulève l'argument de l'appelante.

L'article 7 exige-t-il dans tous les cas que le ministère public prouve la *mens rea* comme élément essentiel de l'infraction? Pour répondre à cette question, il faut suivre la méthode contextuelle pour déterminer la signification et la portée du droit garanti par l'art. 7. Certes, il ne fait aucun doute que l'art. 7 exige la preuve d'un certain degré de faute. Cette faute peut être démontrée au moyen d'une preuve d'intention, subjective ou objective, ou par une preuve de conduite négligente, selon la nature de l'infraction. Quoiqu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de déterminer le degré de faute requise pour établir la perpétration de crimes déterminés, je suis d'avis qu'en ce qui concerne les infractions réglementaires, la preuve de la négligence satisfait à l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7. Bien qu'il soit impossible d'écarter complètement l'élément de faute, les exigences de l'art. 7 seront remplies dans le contexte réglementaire lorsque la responsabilité est imputée relativement à une conduite qui viole la norme de diligence raisonnable requise des personnes qui exercent des activités dans le domaine réglementé.

g

Il ne faudrait pas oublier que la *mens rea* et la négligence constituent deux éléments de faute qui servent à imputer la responsabilité. La *mens rea* concerne l'état d'esprit de l'accusé et exige la preuve d'un état d'esprit positif tels l'intention, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire. Par contre, la négligence mesure la conduite de l'accusé en fonction d'une norme objective, sans tenir compte de son état d'esprit subjectif. Lorsque la négligence est l'élément qui permet d'imputer une responsabilité, il ne faut pas se demander quelle était l'intention de l'accusé, mais plutôt s'il a fait preuve de diligence raisonnable. L'application de la méthode contextuelle donne à penser que la négligence constitue un critère acceptable de responsabilité dans le contexte réglementaire

basis of liability in the regulatory context which fully meets the fault requirement in s. 7 of the *Charter*.

It is argued, however, that to place regulatory offences in a separate category from criminal offences, with a lower fault standard, puts the accused charged with the breach of a regulatory provision in a fundamentally unfair position. It is a violation of the principles of fundamental justice under s. 7, it is said, to allow the defendant to go to jail without having had the protection available in criminal prosecutions—that is, proof of *mens rea* by the Crown.

I cannot accept this contention. Regulatory offences provide for the protection of the public. The societal interests which they safeguard are of fundamental importance. It is absolutely essential that governments have the ability to enforce a standard of reasonable care in activities affecting public welfare. The laudable objectives served by regulatory legislation should not be thwarted by the application of principles developed in another context.

It must be remembered that regulatory offences were historically developed and recognized as a distinct category precisely for the purpose of relieving the Crown of the burden of proving *mens rea*. This is their hallmark. The tremendous importance of regulatory legislation in modern Canadian industrial society requires that courts be wary of interfering unduly with the regulatory role of government through the application of inflexible standards. Under the contextual approach, negligence is properly acceptable as the minimum fault standard required of regulatory legislation by s. 7.

What some writers have referred to as “licensing” considerations lead to the same conclusion. The regulated actor is allowed to engage in activity which potentially may cause harm to the public. That permission is granted on the understanding that the actor accept, as a condition of entering the regulated field, the responsibility to exercise reasonable care to

et respecte pleinement l'exigence de l'art. 7 de la *Charte* quant à la faute.

Il est cependant allégué qu'en classant les infractions réglementaires dans une catégorie distincte des infractions criminelles avec un degré de faute moindre, on place la personne accusée d'une infraction à une disposition réglementaire dans une situation fondamentalement injuste. Il est contraire, affirme-t-on, aux principes de justice fondamentale prévus à l'art. 7 de permettre que le défendeur soit emprisonné sans qu'il ait pu bénéficier de la protection offerte dans les poursuites pénales, c'est-à-dire la preuve de la *mens rea* par le ministère public.

Je ne peux accepter cette prétention. Les infractions réglementaires sont prévues pour assurer la protection du public. Les intérêts sociaux en jeu revêtent une importance fondamentale. Il est absolument essentiel que les gouvernements aient la capacité de faire appliquer une norme de diligence raisonnable dans les activités qui ont une incidence sur le bien-être public. Les objectifs louables auxquels servent les lois de nature réglementaire ne devraient pas être contrecarrés par l'application de principes élaborés dans un autre contexte.

Il convient de rappeler que les infractions réglementaires ont historiquement été créées et reconnues comme catégorie distincte afin précisément de dégager le ministère public de l'obligation de prouver la *mens rea*. Telle est leur principale caractéristique. L'importance énorme des lois de nature réglementaire dans la société industrielle moderne du Canada exige que les tribunaux se montrent prudents afin de ne pas intervenir indûment dans le rôle de réglementation du gouvernement en appliquant des normes inflexibles. Suivant la méthode contextuelle, la négligence peut à juste titre constituer la norme minimale de faute requise des lois de nature réglementaire par l'art. 7.

Ce que certains auteurs ont présenté comme des considérations relatives à l'«acceptation des conditions» mène à la même conclusion. La personne assujettie à une réglementation est autorisée à exercer une activité qui peut éventuellement causer un préjudice au public. Cette autorisation lui est accordée à condition qu'elle accepte, pour exercer ses activités dans le

ensure that the proscribed harm does not come about. As a result of choosing to enter a field of activity known to be regulated, the regulated actor is taken to be aware of and to have accepted the imposition of a certain objective standard of conduct as a pre-condition to being allowed to engage in the regulated activity. In these circumstances, it misses the mark to speak in terms of the "unfairness" of an attenuated fault requirement because the standard of reasonable care has been accepted by the regulated actor upon entering the regulated sphere.

Further, from a practical point of view, it is simply impossible for the government to monitor adequately every industry so as to be able to prove actual intent or *mens rea* in each case. In order to do so, governments would have to employ armies of experts in every conceivable field. For example, it would be necessary to continuously monitor a myriad of complex activities that are potentially dangerous to members of society. Such activities include manufacturing and mining procedures, food and drug manufacturing, processing and packaging.

In our complex society, the government can, as a practical matter, do no more than demonstrate that it has set reasonable standards to be met by persons in the regulated sphere and to prove beyond a reasonable doubt that there has been a breach of those standards by the regulated defendant. The impossibility of requiring the government to prove mental culpability was recognized by Dickson J. in *Sault Ste. Marie*. He stated at p. 1311:

Having regard to both the difficulty of proving mental culpability and the number of petty cases which daily come before the Courts, proof of fault is just too great a burden in time and money to place upon the prosecution. To require proof of each person's individual intent would allow almost every violator to escape. This, together with the glut of work entailed in proving *mens rea* in every case would clutter the docket and impede adequate enforcement as virtually to nullify the regulatory statutes.

domaine réglementé, de faire preuve de diligence raisonnable afin d'éviter que le préjudice proscriit ne se produise. En conséquence de sa décision d'exercer une activité dans un domaine qu'elle sait être réglementé, la personne est censée savoir et avoir accepté que l'une des conditions préalables à l'autorisation d'exercer l'activité réglementée est le respect d'une certaine norme objective de conduite. Dans ces circonstances, on se trompe lorsqu'on parle de «l'iniquité» qui découle d'une exigence moindre en matière de faute parce que la personne assujettie à la réglementation a accepté la norme de diligence raisonnable lorsqu'elle a décidé d'exercer des activités dans le domaine réglementé.

En outre, d'un point de vue pratique, il est tout simplement impossible pour le gouvernement de surveiller chaque industrie afin de pouvoir prouver l'intention réelle ou la *mens rea* dans chaque cas. En effet, le gouvernement serait obligé, à cette fin, d'avoir recours à une armée d'experts dans chaque domaine imaginable. Par exemple, il serait nécessaire de surveiller en permanence une myriade d'activités complexes qui sont potentiellement dangereuses pour les membres de la société. Parmi ces activités, notons les processus de fabrication et d'exploitation minière et la fabrication, la transformation et l'emballage des aliments et drogues.

Dans notre société complexe, le gouvernement ne peut d'un point de vue pratique faire plus que démontrer qu'il a fixé des normes raisonnables qui doivent être respectées dans le domaine réglementé, et prouver hors de tout doute raisonnable que le défendeur assujetti à la réglementation a violé ces normes. Le juge Dickson a reconnu dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* l'impossibilité d'exiger que le gouvernement prouve la culpabilité morale. Il a dit, à la p. 1311:

Si l'on prend en considération la difficulté de prouver la culpabilité morale et le nombre d'affaires mineures qui viennent quotidiennement devant les tribunaux, la preuve de la faute est, en termes de temps et d'argent, un fardeau trop lourd à imposer à la poursuite. Presque tous les contrevenants échapperaient à la condamnation si l'on exigeait à chaque fois la preuve de l'intention. Ceci, en plus du travail énorme qu'entraîne la preuve de la *mens rea* dans chaque affaire, encombrerait les rôles des tribunaux et générerait l'application de la législation réglementaire qui resterait virtuellement sans effet.

The whole governmental regulatory scheme would be rendered meaningless if the appellant's *mens rea* argument were to succeed.

For these reasons, I conclude that the appellant's claim that strict liability offences violate s. 7 of the *Charter* cannot succeed. The requirements of s. 7 are met in the regulatory context by the imposition of liability based on a negligence standard. Therefore, no violation of s. 7 results from the imposition of strict liability.

B. Section 11(d): Onus and the Due Diligence Defence

Wholesale Travel argues that the placing of a persuasive burden on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities violates the presumption of innocence as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. As the due diligence defence is the essential characteristic of strict liability offences as defined in *Sault Ste. Marie*, the appellant's s. 11(d) claim represents a fundamental challenge to the entire regime of regulatory offences in Canada.

There can be no doubt since the decision of this Court in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, that the rights guaranteed by s. 11 of the *Charter* are available to all persons who are prosecuted for public offences carrying punitive sanctions. In that case, the term "offence" in s. 11 was defined so as to include criminal, quasi-criminal and regulatory offences, whether federal or provincial. However, there is nothing in the *Wigglesworth* decision to suggest that the content and scope of the s. 11 rights cannot vary with the nature of the offence.

This Court has recently considered the meaning of the presumption of innocence in the criminal context, particularly as applied to reverse onus provisions. It is now clear that it is the net effect of a reverse onus provision on the determination of the guilt or innocence of an accused rather than the precise nature of

L'ensemble du régime réglementaire du gouvernement deviendrait inutile si l'argument de l'appelante fondé sur la *mens rea* devait être retenu.

Pour ces motifs, je conclus que l'argument de l'appelante selon lequel les infractions de responsabilité stricte violent l'art. 7 de la *Charte* ne peut être retenu. Les exigences de l'art. 7 sont respectées dans le cadre réglementaire par l'imputation d'une responsabilité en fonction d'une norme de négligence. En conséquence, l'imputation d'une responsabilité stricte n'entraîne aucune violation de l'art. 7.

B. L'alinéa 11d): la charge de la preuve et la défense fondée sur la diligence raisonnable

Wholesale Travel prétend qu'en imposant une charge de persuasion à l'accusé afin qu'il établisse, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a fait preuve de diligence raisonnable, on viole la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. Comme la défense de diligence raisonnable constitue une caractéristique essentielle des infractions de responsabilité stricte définies dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la prétention de l'appelante fondée sur l'al. 11d) représente une contestation fondamentale de l'ensemble du régime des infractions réglementaires au Canada.

Il ne fait plus aucun doute depuis l'arrêt de notre Cour *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, que les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par toutes les personnes poursuivies pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives. Dans cet arrêt, le mot «infraction» à l'art. 11 a été défini comme incluant les infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire, qu'elles soient fédérales ou provinciales. Cependant, rien dans l'arrêt *Wigglesworth* ne nous permet de conclure que la signification et la portée des droits garantis par l'art. 11 ne peuvent varier suivant la nature de l'infraction.

Notre Cour a récemment examiné le sens de la présomption d'innocence dans le contexte criminel, en particulier lorsqu'on l'applique à des dispositions portant inversion de la charge de la preuve. Il est désormais clair que c'est l'effet final d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve sur la

the provision that must be examined under s. 11(d). In *R. v. Keegstra, supra*, the Court adopted as the governing principle the following passage from the reasons of Dickson C.J. in *R. v. Whyte, supra*, at p. 18:

The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

What must now be determined is whether the s. 11(d) standard which has been developed and applied in the criminal context should be applied to regulatory offences.

The Content of the Presumption in the Regulatory Context

Much of what has been said in regard to the validity of strict liability under s. 7 of the *Charter* is applicable as well to the s. 11(d) question of onus. The importance of regulatory legislation and its enforcement strongly support the use of a contextual approach in the interpretation of the s. 11(d) right as applied to regulatory offences.

At the outset, it is enlightening to return to the relatively recent decision of this Court in *Sault Ste. Marie*. In his reasons, Dickson J. made explicit reference to the presumption of innocence, holding (at p. 1316) that requiring an accused to establish due diligence on a balance of probabilities does not offend the basic presumption of innocence as articu-

détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé plutôt que la nature précise de la disposition qu'il faut examiner au regard de l'al. 11d). Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, la Cour a adopté comme principe directeur l'extrait suivant tiré des motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Whyte*, précité, à la p. 18:

La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Il convient donc maintenant de déterminer si la norme de l'al. 11d) qui a été élaborée et appliquée dans le contexte criminel devrait être appliquée aux infractions réglementaires.

La teneur de la présomption dans le contexte réglementaire

Une bonne partie de ce qui a été dit en ce qui concerne la validité de la responsabilité stricte au regard de l'art. 7 de la *Charte* s'applique également à la question de la charge de la preuve en ce qui concerne l'al. 11d). L'importance des lois de nature réglementaire et de leur application joue grandement en faveur de l'utilisation de la méthode contextuelle dans l'interprétation du droit garanti par l'al. 11d) en ce qui concerne les infractions réglementaires.

Pour commencer, il est instructif de revenir à la décision relativement récente de notre Cour dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*. Dans ses motifs, le juge Dickson a parlé explicitement de la présomption d'innocence, statuant (à la p. 1316) qu'on ne contrevient pas à la présomption fondamentale d'innocence énoncée dans l'arrêt *Woolmington v. Director of Public Prosecu-*

lated in *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462:

Viscount Sankey L.C. referred to the strength of the presumption of innocence in a criminal case and then made the statement, universally accepted in this country, that there is no burden on the prisoner to prove his innocence; it is sufficient for him to raise a doubt as to his guilt. I do not understand the case as standing for anything more than that. It is to be noted that the case is concerned with criminal offences in the true sense; it is not concerned with public welfare offences. It is somewhat ironic that *Woolmington's* case, which embodies a principle for the benefit of the accused, should be used to justify the rejection of a defence of reasonable care for public welfare offences and the retention of absolute liability, which affords the accused no defence at all. There is nothing in *Woolmington's* case, as I comprehend it, which stands in the way of adoption, in respect of regulatory offences, of a defence of due care, with burden of proof resting on the accused to establish the defence on the balance of probabilities. [Emphasis added.]

In *Sault Ste. Marie*, Dickson J. carefully considered the basic principles of criminal liability, including the presumption of innocence, and balanced them against the public goals sought to be achieved through regulatory measures. He determined that strict liability represented an appropriate compromise between the competing interests involved. This conclusion is no less valid today. The *Charter* was not enacted in a vacuum. The presumption of innocence which it guarantees had long been established and was well recognized at common law. The due diligence defence recognized in *Sault Ste. Marie* which is the target of the present challenge was itself a function of the presumption of innocence.

The reasons for ascribing a different content to the presumption of innocence in the regulatory context are persuasive and compelling. As with the *mens rea* issue, if regulatory mechanisms are to operate effectively, the Crown cannot be required to disprove due diligence beyond a reasonable doubt. Such a requirement would make it virtually impossible for the Crown to prove regulatory offences and would effec-

tions, [1935] A.C. 462, lorsqu'on exige d'un accusé qu'il prouve la diligence selon la prépondérance des probabilités:

a Le vicomte Sankey, lord chancelier, a rappelé la force de la présomption d'innocence en droit criminel et a ensuite fait cette déclaration universellement acceptée dans ce pays: il n'incombe pas à un prisonnier de prouver son innocence, il lui suffit de soulever un doute quant à sa culpabilité. À mon avis, cet arrêt ne signifie rien de plus. Il y a lieu de noter qu'il porte sur des infractions criminelles au sens propre du mot; il ne traite pas d'infractions contre le bien-être public. Ironiquement, l'arrêt *Woolmington* qui formule un principe favorable à l'accusé, est utilisé pour justifier le rejet d'une défense fondée sur la diligence raisonnable en matière d'infractions contre le bien-être public et l'application de la responsabilité absolue qui ne permet aucune défense à l'accusé. Selon moi, rien dans l'arrêt *Woolmington* ne s'oppose à la réception, en matière d'infractions réglementaires, d'une défense fondée sur la diligence raisonnable que l'accusé aura à prouver pour établir sa défense selon la prépondérance des probabilités. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, le juge Dickson a examiné attentivement les principes fondamentaux de la responsabilité pénale, notamment la présomption d'innocence, et il a soupesé ceux-ci et les objectifs publics que l'on cherche à atteindre grâce aux mesures réglementaires. Il a statué que la responsabilité stricte constituait un compromis adéquat entre les intérêts contradictoires en cause. Cette conclusion n'est pas moins valide aujourd'hui. La *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte. La présomption d'innocence qu'elle garantit existait depuis longtemps et elle était bien établie en common law. La défense de diligence raisonnable, qui a été reconnue dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* et qui fait l'objet de la présente contestation, était elle-même fonction de la présomption d'innocence.

Les motifs de l'attribution d'une teneur différente à la présomption d'innocence dans le contexte réglementaire sont convaincants et impérieux. Comme dans le cas de la *mens rea*, pour que les mécanismes réglementaires soient efficaces, on ne peut exiger du ministère public qu'il prouve hors de tout doute raisonnable qu'il n'y a pas eu diligence raisonnable. Une telle exigence rendrait pratiquement impossible

tively prevent governments from seeking to implement public policy through regulatory means.

It has been suggested that requiring the Crown to prove negligence beyond a reasonable doubt, either as part of its case or after the accused adduces some evidence raising a reasonable doubt as to due diligence, would represent an acceptable compromise: it would, it is said, lessen the burden on the accused while still allowing for the effective pursuit of the regulatory objective. I cannot accept this contention. While such an approach would undoubtedly be beneficial to the accused, it would effectively eviscerate the regulatory power of government by rendering the enforcement of regulatory offences impossible in practical terms. Under this approach, the Crown would be forced to prove lack of reasonable care where the accused raises a reasonable doubt as to the possibility of due diligence.

It is difficult to conceive of a situation in which a regulated accused would not be able to adduce some evidence giving rise to the possibility that due diligence was exercised. For instance, an environmental polluter would often be able to point to some measures it had adopted in order to prevent the type of harm which ultimately resulted. This might raise a reasonable doubt that it had acted with due diligence no matter how inadequate those measures were for the control of a dangerous situation. Similarly, a wholly inadequate effort to ensure that an advertisement was true might nevertheless succeed in raising a reasonable doubt as to due diligence.

To impose such a limited onus is inappropriate and insufficient in the regulatory context. Criminal offences have always required proof of guilt beyond a reasonable doubt; the accused cannot, therefore, be convicted where there is a reasonable doubt as to guilt. This is not so with regulatory offences, where a conviction will lie if the accused has failed to meet the standard of care required. Thus, the question is not whether the accused has exercised some care, but

pour le ministère public de prouver les infractions réglementaires et empêcherait effectivement les gouvernements de chercher à mettre en œuvre leurs politiques d'intérêt public en ayant recours à des mesures réglementaires.

On a laissé entendre qu'exiger du ministère public qu'il prouve la négligence hors de tout doute raisonnable, que ce soit dans le cadre de sa preuve ou après que l'accusé a produit des éléments de preuve soulevant un doute raisonnable quant à la diligence raisonnable, constituerait un compromis acceptable: cela allégerait la charge de l'accusé tout en permettant encore de poursuivre l'objectif visé par la réglementation. Je ne peux accepter cette prétention. Alors qu'une telle méthode serait indubitablement avantageuse pour l'accusé, elle émasculerait le pouvoir réglementaire du gouvernement en rendant les poursuites à toutes fins pratiques impossibles dans le cas d'infractions réglementaires. Suivant cette méthode, le ministère public serait contraint de prouver le manque de diligence raisonnable lorsque l'accusé soulève un doute raisonnable quant à la possibilité qu'il ait été diligent.

Il est difficile d'imaginer un cas où un accusé assujéti à la réglementation ne pourrait produire aucune preuve permettant de penser qu'il a été diligent. Par exemple, le pollueur de l'environnement pourra souvent signaler certaines mesures qu'il avait prises afin de prévenir le genre de préjudice qui s'est finalement produit. Cela pourrait susciter un doute raisonnable à l'égard du fait qu'il a agi avec diligence raisonnable, peu importe l'insuffisance des mesures prises pour maîtriser une situation dangereuse. De même, un effort tout à fait inadéquat pour faire en sorte que le contenu d'une annonce ne soit pas mensonger pourrait néanmoins réussir à susciter un doute raisonnable quant à la diligence.

Il est inopportun et insuffisant d'imposer une charge aussi restreinte dans le contexte réglementaire. Dans le cas des infractions criminelles, il est toujours nécessaire de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable; l'accusé ne peut donc être déclaré coupable lorsqu'il existe un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Ce n'est pas la même chose pour les infractions réglementaires, l'accusé pouvant être déclaré coupable s'il n'a pas respecté la norme de

whether the degree of care exercised was sufficient to meet the standard imposed. If the false advertiser, the corporate polluter and the manufacturer of noxious goods are to be effectively controlled, it is necessary to require them to show on a balance of probabilities that they took reasonable precautions to avoid the harm which actually resulted. In the regulatory context, there is nothing unfair about imposing that onus; indeed, it is essential for the protection of our vulnerable society.

It must not be forgotten that the virtual impossibility of proving regulatory offences beyond a reasonable doubt was central to this Court's decision in *Sault Ste. Marie*. This consideration led the Court to conclude that the imposition of strict liability with a defence of due diligence available to the accused was both necessary and appropriate. Dickson J. stated at p. 1325:

The correct approach, in my opinion, is to relieve the Crown of the burden of proving *mens rea*, having regard to *Pierce Fisheries* and to the virtual impossibility in most regulatory cases of proving wrongful intention. In a normal case, the accused alone will have knowledge of what he has done to avoid the breach and it is not improper to expect him to come forward with the evidence of due diligence. This is particularly so when it is alleged, for example, that pollution was caused by the activities of a large and complex corporation. . . .

In this doctrine it is not up to the prosecution to prove negligence. Instead, it is open to the defendant to prove that all due care has been taken. This burden falls upon the defendant as he is the only one who will generally have the means of proof. This would not seem unfair as the alternative is absolute liability which denies an accused any defence whatsoever. While the prosecution must prove beyond a reasonable doubt that the defendant committed the prohibited act, the defendant must only establish on the balance of probabilities that he has a defence of reasonable care. [Emphasis added.]

diligence requise. Il ne s'agit donc pas de savoir si l'accusé a fait preuve d'une certaine diligence, mais plutôt si le degré de diligence dont il a fait preuve était suffisant pour respecter la norme imposée. Pour lutter efficacement contre les auteurs d'annonces trompeuses, les sociétés qui polluent l'environnement et les fabricants de marchandises nuisibles, il faut exiger qu'ils prouvent selon la prépondérance des probabilités qu'ils ont pris des précautions raisonnables pour prévenir le préjudice qui s'est en fait produit. Dans le contexte réglementaire, l'imposition d'une telle charge n'a rien d'inéquitable; en fait, c'est essentiel pour assurer la protection de notre société vulnérable.

Il ne faut pas oublier que l'impossibilité presque totale de prouver une infraction réglementaire hors de tout doute raisonnable était un élément central de notre arrêt *Sault Ste-Marie*. En effet, cet élément a amené la Cour à conclure qu'il était à la fois nécessaire et approprié d'imputer une responsabilité stricte à l'accusé tout en lui laissant la possibilité d'opposer une défense fondée sur la diligence raisonnable. Le juge Dickson a dit, à la p. 1325:

À mon avis, l'approche correcte serait de relever le ministère public de la charge de prouver la *mens rea*, compte tenu de l'arrêt *Pierce Fisheries* et de l'impossibilité virtuelle dans la plupart des cas d'infractions réglementaires de prouver l'intention coupable. Normalement, seul l'accusé sait ce qu'il a fait pour empêcher l'infraction et l'on peut à bon droit s'attendre à ce qu'il rapporte la preuve de la diligence raisonnable. Ceci est particulièrement vrai quand on allègue, par exemple, que la pollution a été causée par les activités d'une compagnie importante et complexe . . .

h Selon cette thèse, il n'incombe pas à la poursuite de prouver la négligence. Par contre, il est loisible au défendeur de prouver qu'il a pris toutes les précautions nécessaires. Cela incombe au défendeur, car généralement lui seul aura les moyens de preuve. Ceci ne semble pas injuste, vu que l'alternative est la responsabilité absolue qui refuse à l'accusé toute défense. Alors que la poursuite doit prouver au-delà de tout doute raisonnable que le défendeur a commis l'acte prohibé, le défendeur doit seulement établir, selon la prépondérance des probabilités, la défense de diligence raisonnable. [Je souligne.]

This rationale is no less compelling today. Quite simply, the enforcement of regulatory offences would be rendered virtually impossible if the Crown were required to prove negligence beyond a reasonable doubt. The means of proof of reasonable care will be peculiarly within the knowledge and ability of the regulated accused. Only the accused will be in a position to bring forward evidence relevant to the question of due diligence.

Nor can I accept the contention that there is little practical difference between requiring the accused to prove due diligence on a balance of probabilities and requiring only that the accused raise a reasonable doubt as to the exercise of due diligence. Professor Webb, in his article, *supra*, deals with this argument in the following terms, at p. 467:

Some might argue that in practice there is no workable distinction between an offence which requires the accused to prove due diligence on the balance of probabilities to avoid conviction, and one that permits the accused to raise a reasonable doubt as to the existence of due diligence. Trial judges will find a way to convict those whom they feel are guilty of negligence, the argument would go, and they will acquit those whom they feel have exercised due diligence, regardless of burdens of proof. This type of reasoning certainly contradicts the statement of the trial Judge in *Whyte* [*supra*], who contended that in the absence of a balance of probability presumption, he would have found reasonable doubt as to whether the accused had "care and control" of a motor vehicle.

Webb then goes on, at p. 467, to identify the deleterious effects on prosecution of regulatory offences which would result from requiring the Crown to prove negligence:

The "there is no difference in practice anyway" argument also fails to recognize the different quantity and quality of evidence which administrators would be forced to provide to prosecutors in preparation for a case. If an evidential rather than a persuasive burden is adopted, merely raising a reasonable doubt as to the existence of due diligence would then shift the burden of proof to the prosecutors to *prove negligence*. Prior to

Ce raisonnement n'est pas moins convaincant aujourd'hui. Plus simplement, il deviendrait pratiquement impossible d'obtenir l'application des infractions réglementaires si le ministère public était tenu de prouver la négligence hors de tout doute raisonnable. C'est l'accusé assujéti à la réglementation qui connaît les moyens de prouver la diligence raisonnable et qui peut les utiliser. Seul l'accusé est en position de fournir des éléments de preuve pertinents relativement à la question de la diligence raisonnable.

Je ne peux pas non plus accepter la prétention selon laquelle il n'y a à peu près pas de différence entre le fait d'exiger que l'accusé prouve la diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités et celui d'exiger seulement qu'il soulève un doute raisonnable quant au fait qu'il s'est montré diligent. Dans son article, précité, le professeur Webb traite de cet argument dans les termes suivants, à la p. 467:

[TRADUCTION] D'aucuns pourraient prétendre qu'en pratique, il n'existe aucune distinction utile entre une infraction qui exige que l'accusé prouve qu'il a fait preuve de diligence raisonnable selon la prépondérance des probabilités s'il veut éviter d'être déclaré coupable, et celle qui permet à l'accusé de soulever un doute raisonnable quant à l'exercice de la diligence. Les juges des procès trouveront une manière de condamner ceux qu'ils estiment coupables de négligence, et ils acquitteront ceux qui, d'après eux, ont fait preuve de diligence raisonnable, peu importe la charge de la preuve. Ce genre de raisonnement contredit sans aucun doute la déclaration du juge du procès dans l'arrêt *Whyte* [précité] qui a soutenu qu'en l'absence d'une présomption à l'égard de la prépondérance des probabilités, il aurait conclu à l'existence d'un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusé avait la «garde ou le contrôle» d'un véhicule à moteur.

Webb a ensuite précisé, à la p. 467, les effets néfastes qu'aurait sur la poursuite des infractions réglementaires l'obligation pour le ministère public de prouver la négligence:

[TRADUCTION] L'argument suivant lequel «il n'y a de toute manière aucune différence pratique» ne reconnaît pas non plus la différence tant quantitative que qualitative des éléments de preuve que les administrateurs seraient forcés de fournir aux poursuivants pour préparer un cas. Si on décide d'imposer une charge de présentation plutôt que de persuasion, le simple fait de soulever un doute raisonnable quant à la diligence entraînerait

any case reaching the prosecution stage, administrators would be under an obligation to collect all the evidence necessary to prove negligence. In effect, prosecutors would be more likely to turn down a request from administrators for a prosecution unless proof of negligence could be established. Given the difficulty in accumulating such information, it is not unlikely that there would be a chilling effect on use of the prosecution mechanism. Once it became noticeable that less cases were reaching the courts, it is possible that regulatees would receive the signal that, in most circumstances, the offence of negligence was not enforceable. [Emphasis in original.]

I agree with these conclusions of Professor Webb. To reduce the onus on the accused would, from a practical point of view, raise insurmountable barriers for the Crown seeking to enforce a regulatory scheme.

In these circumstances, it cannot be contended that requiring the prosecution to prove negligence beyond a reasonable doubt would still allow for the effective achievement of regulatory objectives. To the contrary, its effect would be, in practical terms, to render the regulatory power of governments ineffectual.

Nor can it be argued that other solutions would be satisfactory; there is simply no other practical solution. Both with respect to the consumption of government resources and the intrusiveness of regulatory measures, the consequences of a finding that the due diligence defence violates s. 11(d) of the *Charter* would be extremely severe. Governments would be forced to devote tremendous expenditure, in terms of monetary and human resources, to regulatory enforcement mechanisms. Armies of investigators and experts would be required in order to garner sufficient evidence to establish negligence or disprove due diligence beyond a reasonable doubt.

Further, a marked expansion in enforcement mechanisms by definition implies an escalation in the intrusiveness of regulatory measures. The greater the

l'obligation pour la poursuite de *prouver la négligence*. Avant même qu'une affaire n'atteigne le stade de la poursuite, les administrateurs seront tenus de recueillir tous les éléments nécessaires pour prouver la négligence. En effet, les poursuivants seront davantage susceptibles de rejeter une demande de poursuite présentée par des administrateurs à moins qu'il ne soit possible de prouver la négligence. Compte tenu de la difficulté que pose la cueillette de ces renseignements, il n'est pas improbable que cela ait pour effet de décourager les poursuites. Lorsqu'il sera évident que moins d'affaires se rendent devant les tribunaux, il est possible que les personnes assujetties à la réglementation considèrent que cela signifie que, dans la plupart des cas, l'infraction de négligence n'est pas exécutoire. [En italique dans l'original.]

Je souscris aux conclusions du professeur Webb. L'allègement de la charge incombant à l'accusé créerait, d'un point de vue pratique, des obstacles insurmontables pour le ministère public dans sa tentative de faire appliquer des dispositions réglementaires.

Dans ces circonstances, on ne peut prétendre qu'il serait encore possible d'atteindre efficacement l'objectif de la réglementation en exigeant que la poursuite prouve la négligence hors de tout doute raisonnable. Au contraire, cela aurait pour effet, d'un point de vue pratique, de rendre inefficace le pouvoir de réglementation des gouvernements.

On ne peut pas non plus prétendre que d'autres solutions seraient satisfaisantes, car il n'existe tout simplement pas d'autres solutions pratiques. En ce qui concerne tant l'utilisation des ressources gouvernementales que le caractère envahissant des mesures réglementaires, conclure que la défense de diligence raisonnable viole l'al. 11d) de la *Charte* aurait des conséquences extrêmement graves. Les gouvernements seraient contraints de consacrer des ressources considérables, tant financières qu'humaines, aux mécanismes de mise en œuvre des dispositions réglementaires. Une armée d'enquêteurs et d'experts serait nécessaire pour recueillir une preuve permettant d'établir la négligence ou de prouver l'absence de diligence hors de tout doute raisonnable.

En outre, un accroissement marqué des dispositifs de mise en œuvre de la réglementation entraîne par définition une intensification du caractère envahis-

burden of proof on the Crown, the greater the likelihood that those charged with the enforcement of regulatory measures would have to resort to legislation authorizing search and surveillance in order to gather sufficient evidence to discharge that onus.

As with the s. 7 challenge, licensing considerations support the conclusion that strict liability does not violate s. 11(d) of the *Charter*. The licensing argument attributes to the regulated actor knowledge and acceptance, not only of the standard of reasonable care itself, but also of the responsibility to establish on a balance of probabilities the exercise of reasonable care. Acceptance of this burden is an implied term and a pre-condition of being allowed to engage in activity falling within the regulated sphere. Regulated actors are taken to understand that, should they be unable to discharge this burden, an inference of negligence will be drawn from the fact that the proscribed result has occurred.

I wish to emphasize, however, that the difference in the scope and meaning of s. 11(d) in the regulatory context does not imply that the presumption of innocence is meaningless for a regulated accused. The Crown must still prove the *actus reus* of regulatory offences beyond a reasonable doubt. Thus, the Crown must prove that the accused polluted the river, sold adulterated food, or published a false advertisement. However, once having established this beyond a reasonable doubt, the Crown is presumptively relieved of having to prove anything further. Fault is presumed from the bringing about of the proscribed result, and the onus shifts to the defendant to establish reasonable care on a balance of probabilities.

For these reasons, I conclude that the presumption of innocence as guaranteed in s. 11(d) of the *Charter* is not violated by strict liability offences as defined in

sant des mesures réglementaires. À mesure que s'alourdit la charge de la preuve imposée au ministère public, les probabilités augmentent que les personnes chargées de l'exécution de mesures réglementaires se servent des lois autorisant les fouilles, les perquisitions et la surveillance afin de rassembler suffisamment d'éléments de preuve pour s'acquitter de cette tâche.

Comme c'est le cas pour la contestation fondée sur l'art. 7, les considérations relatives à l'acceptation des conditions permettent de conclure que la responsabilité stricte ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte*. Suivant la thèse fondée sur l'acceptation des conditions, la personne assujettie à la réglementation connaît et accepte non seulement le critère de diligence raisonnable mais également la responsabilité d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'elle a fait preuve de diligence. L'acceptation de cette charge constitue une condition implicite et préalable pour que la personne soit autorisée à exercer une activité faisant partie du domaine réglementé. On présume que ceux qui sont assujettis à la réglementation comprennent qu'advenant le cas où ils seraient incapables de s'acquitter de cette charge, on conclura à leur négligence du fait que le résultat proscrit s'est produit.

J'aimerais toutefois signaler que la différence quant à la portée et à la signification de l'al. 11d) dans le contexte réglementaire ne signifie pas que la présomption d'innocence est dénuée de sens pour un accusé assujetti à la réglementation. Le ministère public doit encore prouver hors de tout doute raisonnable l'*actus reus* des infractions réglementaires. C'est ainsi qu'il doit prouver que l'accusé a pollué la rivière, qu'il a vendu des aliments falsifiés ou qu'il a publié une annonce trompeuse. Cependant, une fois qu'il a établi ces faits hors de tout doute raisonnable, le ministère public est, par présomption, libéré de l'obligation de prouver quoi que ce soit d'autre. La faute est présumée à compter du moment où se produit le résultat proscrit et il incombe alors au défendeur d'établir selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence.

Pour ces motifs, je conclus que les infractions de responsabilité stricte définies dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* ne violent pas la présomption d'innocence

Sault Ste. Marie. The imposition of a reverse persuasive onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities does not run counter to the presumption of innocence, notwithstanding the fact that the same reversal of onus would violate s. 11(d) ^a in the criminal context.

C. *The Imprisonment Concern*

Much has been made in this appeal of the potential use of imprisonment as a sanction for breach of strict liability offences. The Chief Justice considers the use of imprisonment to be determinative of the *Charter* ^c analysis. With respect, I am unable to agree. The availability of imprisonment in no way alters my conclusion that strict liability does not violate either ss. 7 or 11(d) of the *Charter*.

The *Charter* does not guarantee an absolute right to liberty; rather, it guarantees the right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. Thus, while the availability of imprisonment undoubtedly triggers *Charter* ^e review, it does not resolve the ultimate question. What must be determined is whether, in a given ^f case, the possibility of a sentence of imprisonment comports with the principles of fundamental justice. It is whether the principles of fundamental justice have been violated, not the availability of imprisonment, which is the determinative consideration. ^g

In this regard, it is essential to recognize that the principles of fundamental justice are not static in ^h meaning or application. As La Forest J. stated for the Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361:

It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another. ^j

garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. L'inversion de la charge de persuasion obligeant l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il a fait preuve de diligence ne va pas à l'encontre de la présomption d'innocence, bien que cette même inversion de la charge violerait l'al. 11d) dans le contexte criminel.

C. *La question de l'emprisonnement*

^b

On a attaché beaucoup d'importance dans le présent pourvoi à la possibilité d'infliger des peines d'emprisonnement en cas d'infractions de responsabilité stricte. Le Juge en chef considère que la possibilité de l'emprisonnement est décisive pour l'analyse fondée sur la *Charte*. Avec égards, je suis incapable de souscrire à ce point de vue. L'existence ^d d'une peine d'emprisonnement ne change en rien ma conclusion que la responsabilité stricte ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

La *Charte* ne garantit pas un droit absolu à la liberté; elle garantit plutôt qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ainsi, bien que la possibilité d'une peine d'emprisonnement déclenche indubitablement un examen fondé sur la *Charte*, elle ne tranche pas la question essentielle. En effet, il faut déterminer si, dans un cas particulier, la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement est compatible avec les principes de justice fondamentale. La considération déterminante n'est pas l'existence ^g d'une peine d'emprisonnement mais plutôt la question de savoir si les principes de justice fondamentale ont été violés.

^h

À cet égard, il est essentiel de reconnaître que la signification et les conditions d'application des principes de justice fondamentale ne sont pas irrémédiablement fixées. Comme le juge La Forest l'a dit pour la Cour dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, ⁱ à la p. 361:

Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

There is quite properly a difference or variation between what the principles of fundamental justice require in regard to true crimes and what they require in the regulatory context.

The ultimate question is whether the imposition of imprisonment on the basis of strict liability comports with the principles of fundamental justice. For the reasons set out earlier concerning the underlying rationale of regulatory offences, I am of the opinion that it does.

Regulatory schemes can only be effective if they provide for significant penalties in the event of their breach. Indeed, although it may be rare that imprisonment is sought, it must be available as a sanction if there is to be effective enforcement of the regulatory measure. Nor is the imposition of imprisonment unreasonable in light of the danger that can accrue to the public from breaches of regulatory statutes. The spectre of tragedy evoked by such names as Thalidomide, Bhopal, Chernobyl and the *Exxon Valdez* can leave no doubt as to the potential human and environmental devastation which can result from the violation of regulatory measures. Strong sanctions including imprisonment are vital to the prevention of similar catastrophes. The potential for serious harm flowing from the breach of regulatory measures is too great for it to be said that imprisonment can never be imposed as a sanction.

I would only add that, in those circumstances where the imposition of imprisonment would be grossly disproportionate to the offence committed, the accused person would have a compelling claim under s. 12 of the *Charter*. However, the fact that it is possible to imagine instances where the use of imprisonment would be inappropriate should not be used to justify the conclusion that imprisonment can never be imposed in respect of strict liability offences. Imprisonment must be available to governments as a sanction if the power to regulate is to be effective.

Il est tout à fait approprié qu'il y ait une différence entre les exigences des principes de justice fondamentale à l'égard des crimes proprement dits et leurs exigences dans le contexte réglementaire.

La question essentielle est de savoir si l'on respecte les principes de justice fondamentale en prévoyant une peine d'emprisonnement dans les cas de responsabilité stricte. Pour les motifs que j'ai déjà énoncés en ce qui concerne la raison d'être des infractions réglementaires, j'estime que tel est le cas.

Les régimes réglementaires ne peuvent être efficaces que s'ils prévoient des peines sévères en cas d'infraction. En fait, même s'il est rare que l'on demande l'emprisonnement, celui-ci doit constituer une sanction possible si l'on veut assurer l'application efficace des mesures réglementaires. Il n'est pas non plus abusif d'infliger une peine d'emprisonnement compte tenu du danger que les violations des lois de nature réglementaire peuvent représenter pour le public. Le spectre de tragédies qu'évoquent des noms tels thalidomide, Bhopal, Tchernobyl et *Exxon Valdez* ne laisse aucun doute quant aux dégâts que peut causer pour l'être humain et pour l'environnement la violation de mesures réglementaires. Des peines sévères, notamment l'emprisonnement, sont essentielles pour éviter que des catastrophes similaires ne se reproduisent. Les risques de préjudice grave découlant de la violation des mesures réglementaires sont trop grands pour que l'on puisse affirmer que l'emprisonnement ne peut jamais être utilisé comme sanction.

Je voudrais simplement ajouter que, dans les cas où l'emprisonnement constituerait une peine exagérément disproportionnée par rapport à l'infraction commise, l'inculpé pourrait invoquer l'art. 12 de la *Charte*. Néanmoins, on ne devrait jamais se servir de l'argument qu'il peut exister des cas où il serait inapproprié de recourir à l'emprisonnement pour conclure qu'il ne faut jamais infliger une peine d'emprisonnement en cas d'infractions de responsabilité stricte. En effet, les gouvernements doivent pouvoir recourir à l'emprisonnement pour que leur pouvoir de réglementation soit efficace.

D. *The American Position*

The conclusion that strict liability does not violate either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter* is supported by the American approach to regulatory offences. Generally speaking, American courts have not recognized an intermediate category of strict liability. Rather, the U.S. Supreme Court has held that, where the person charged is aware of the regulated nature of the impugned conduct, it is constitutionally permissible to enact absolute liability offences, even where imprisonment is available as a penalty: see, for example, *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *Morissette v. United States*, *supra*; *Lambert v. California*, *supra*. Furthermore, even in the case of serious criminal offences, it has been held that placing a persuasive burden on the accused to establish a defence does not violate the presumption of innocence: see *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987). The constitutional validity of regulatory legislation which imposes strict liability would, under the American approach, seem to be beyond question.

It must always be remembered that there are important differences between our *Charter* and the Constitution of the United States. There are also important historical and other differences between Canadian and American society. Decisions of the highest American courts should not and must not be slavishly followed in Canada. Nonetheless, we can often benefit from the American experience and learning.

In this case, the American experience supports a finding that strict liability is constitutionally permissible. Indeed, it is telling that several American commentators who have decried the imposition of absolute liability have argued in favour of a middle ground position very similar to strict liability as that term is defined in *Sault Ste. Marie*: see LaFave and Scott, *Substantive Criminal Law*; Packer, "Mens Rea and the Supreme Court" (1962), *Sup. Ct. Rev.* 107; Saltzman, "Strict Criminal Liability and the United

D. *La position des tribunaux américains*

La conception qu'ont les tribunaux américains des infractions réglementaires corrobore la conclusion selon laquelle la responsabilité stricte ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. En règle générale, les tribunaux américains n'ont pas reconnu l'existence d'une catégorie intermédiaire de responsabilité stricte. Au contraire, la Cour suprême des États-Unis a statué que, lorsque l'inculpé connaît le caractère réglementé de la conduite reprochée, la Constitution permet de prévoir des infractions de responsabilité absolue même si la peine infligée peut être l'emprisonnement: voir, par exemple, *United States v. Balint*, 258 U.S. 250 (1922); *United States v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943); *Morissette v. United States*, précité; *Lambert v. California*, précité. En outre, il a été jugé que, même dans le cas d'infractions criminelles graves, il n'y a pas violation de la présomption d'innocence lorsque l'accusé doit s'acquitter de la charge de persuasion à l'égard d'un moyen de défense: voir *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987). Il semblerait que la constitutionnalité d'une loi de nature réglementaire qui prévoit une responsabilité stricte soit incontestable suivant le point de vue des tribunaux américains.

Il ne faut jamais oublier qu'il existe des différences considérables entre notre *Charte* et la Constitution des États-Unis. Il y a également d'importantes différences historiques et autres entre les sociétés canadienne et américaine. Les décisions des plus hauts tribunaux américains ne doivent pas être servilement suivies au Canada. Néanmoins, nous pouvons souvent tirer profit de l'expérience américaine.

En l'espèce, cette expérience permet de conclure que la responsabilité stricte est acceptable du point de vue constitutionnel. En fait, il est révélateur que plusieurs commentateurs américains qui ont décrié l'imputation d'une responsabilité absolue ont argumenté en faveur d'un moyen terme ressemblant beaucoup à la responsabilité stricte telle que cette expression est définie dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*: voir LaFave et Scott, *Substantive Criminal Law*; Packer, «Mens Rea and the Supreme Court» (1962), *Sup. Ct. Rev.* 107;

States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process" (1978), 24 *Wayne L. Rev.* 1571.

E. Section 1

In light of my conclusion regarding the appellant's ss. 7 and 11(d) claims, there is no need to proceed to s. 1. However, had it been necessary to consider the matter, the same reasons I have set forth in finding that neither s. 7 nor s. 11(d) are necessarily infringed by strict liability offences would have led me to conclude that strict liability offences can be justified under s. 1 of the *Charter*.

V

Application to s. 36(1)(a) and s. 37.3(2)

Section 36(1)(a) of the Act creates the offence of false or misleading advertising. Section 37.3(2) provides a statutory defence to that charge. The defence will only lie where all four conditions set out in paras. (a) through (d) are met. While paras. (a) and (b) in essence describe the common law defence of due diligence, paras. (c) and (d) create additional conditions which must be met before the defence will lie.

The Validity of Paras. (c) and (d) of s. 37.3(2)

Paragraph (c) of s. 37.3(2) requires an accused who has made a misleading representation to take positive steps to bring the error to the attention of those to be likely affected by it. Paragraph (d) requires this to be done promptly. The effect of these provisions is to impose an obligation on the accused to make a prompt retraction as a precondition to relying on the defence of due diligence.

The Court of Appeal unanimously held that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) may in some circumstances require conviction where there is no fault on the part of the accused. I agree with this conclusion. Even where an accused can establish the absence of negligence in the making of misleading representations, paras. (c) and (d) nonetheless require conviction.

Saltzman, «Strict Criminal Liability and the United States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process» (1978), 24 *Wayne L. Rev.* 1571.

a E. L'article premier

Vu ma conclusion relative aux arguments de l'appelante fondés sur l'art. 7 et l'al. 11d), point n'est besoin de procéder à une analyse portant sur l'article premier. Si toutefois il s'était avéré nécessaire d'aborder la question, j'aurais conclu, pour les motifs qui m'ont amené à décider que les infractions de responsabilité stricte ne violent pas nécessairement l'art. 7 ou l'art. 11d), que ces mêmes infractions peuvent se justifier aux fins de l'article premier de la *Charte*.

V

d L'application à l'al. 36(1)a) et au par. 37.3(2)

L'alinéa 36(1)a) de la Loi crée l'infraction de publicité fautive ou trompeuse. Le paragraphe 37.3(2) prévoit un moyen de défense opposable à cette accusation. Ce moyen de défense n'est opposable que lorsque les quatre conditions énoncées aux al. a) à d) sont remplies. Alors que les al. a) et b) décrivent essentiellement la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law, les al. c) et d) prévoient des conditions supplémentaires qui doivent être remplies pour que le moyen de défense soit opposable.

La validité des al. c) et d) du par. 37.3(2)

L'alinéa c) du par. 37.3(2) exige qu'un accusé qui a donné des indications trompeuses prenne des mesures pour porter l'erreur à l'attention des personnes susceptibles d'être concernées par celles-ci. L'alinéa d) exige que ces mesures soient prises promptement. Ces dispositions ont pour effet d'obliger l'accusé à présenter sans délai une rétractation s'il veut invoquer la défense de diligence raisonnable.

La Cour d'appel a jugé à l'unanimité que les exigences des al. c) et d) du par. 37.3(2) peuvent, dans certaines circonstances, entraîner une déclaration de culpabilité lorsque l'accusé n'a commis aucune faute. Je suis d'accord avec cette conclusion. Même lorsque l'accusé peut prouver qu'il n'a pas commis de négligence en donnant des indications trompeuses, les

tion if the accused has failed to make a prompt correction or retraction. In these circumstances, the accused would be deprived of the defence of due diligence and the offence would be tantamount to absolute liability, since liability could be imposed in the absence of fault on the part of the accused.

Such a result clearly violates s. 7 of the *Charter*. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 492:

A law that has the potential to convict a person who has not really done anything wrong offends the principles of fundamental justice and, if imprisonment is available as a penalty, such a law then violates a person's right to liberty under s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

Nor do I think that paras. (c) and (d) can be justified under s. 1 of the *Charter*. The Crown has filed little evidence to support its position that paras. (c) and (d) can be saved by s. 1. Perhaps this is itself a sufficient basis for finding that those paragraphs are not justifiable.

There are, however, additional grounds for reaching this conclusion. Assuming that there is a rational connection between the requirement of corrective advertising and the legislative objective of seeking to prevent the harm resulting from misleading representations, it cannot be said that the impugned provisions constitute a minimal impairment of the rights of the accused. Further, the availability of imprisonment as a sanction far outweighs the importance of the regulatory objective in correcting false advertising after the fact. In short, there is no proportionality between means and ends. Paragraphs (c) and (d) cannot then be justified under s. 1 of the *Charter*.

The Validity of Paras. (a) and (b)

These paragraphs in essence put forward the common law defence of due diligence. Where imprisonment is available as a penalty for breach of a statute,

al. c) et d) exigent néanmoins qu'il soit déclaré coupable s'il n'a pas fait rapidement une correction ou une rétractation. Dans ces circonstances, l'accusé serait privé de la défense fondée sur la diligence raisonnable et il s'agirait alors d'une infraction de responsabilité absolue étant donné qu'il serait possible d'imputer une responsabilité à l'accusé en l'absence de faute de sa part.

Un tel résultat viole clairement l'art. 7 de la *Charte*. Comme l'a déclaré le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 492:

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale et, si elle prévoit une peine d'emprisonnement, une telle loi viole le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En outre, je ne crois pas que les al. c) et d) puissent être justifiés par l'article premier de la *Charte*. Le ministère public a produit peu d'éléments de preuve pour démontrer, comme il le soutenait, que les al. c) et d) peuvent être sauvegardés par l'article premier. Peut-être cela suffit-il pour conclure que ces alinéas ne sont pas justifiables.

Il existe cependant d'autres motifs d'arriver à une telle conclusion. Si l'on présume qu'il existe un lien rationnel entre l'exigence de faire publier une annonce corrigeant l'erreur et l'objectif de la loi qui consiste à empêcher le préjudice résultant des indications trompeuses, on ne peut pas affirmer que les dispositions contestées représentent une atteinte minimale aux droits de l'accusé. Par ailleurs, l'existence d'une peine d'emprisonnement l'emporte, et de loin, sur l'importance de l'objectif de la réglementation pour corriger la fausse publicité après le fait. En résumé, il n'y a aucune proportionnalité entre les fins et les moyens. Les alinéas c) et d) ne peuvent donc être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La validité des al. a) et b)

Ces alinéas énoncent essentiellement la défense de diligence raisonnable reconnue par la common law. Lorsqu'une loi prévoit une peine d'emprisonnement

s. 7 of the *Charter* requires proof of fault before liability can be imposed. I have concluded, however, that the fault requirement is different for regulatory than for criminal offences. In the regulatory context, it is appropriate that fault should be imposed on the basis of negligence. There is therefore no violation of s. 7 resulting from the removal of the *mens rea* requirement in strict liability offences. It follows that paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) do not violate s. 7 of the *Charter*.

It has been noted earlier that the s. 11(d) presumption of innocence has a different scope and meaning in relation to regulatory as opposed to criminal offences. In my view, the imposition in strict liability offences of a reverse persuasive onus on the accused to establish due diligence is proper and permissible and does not constitute a violation of the s. 11(d) presumption of innocence. I therefore conclude that paras. (a) and (b) of s. 37.3(2) do not violate s. 11(d) of the *Charter*.

VI

Conclusion

Strict liability offences, as exemplified in this case by the combination of s. 36(1)(a) and s. 37.3(2)(a) and (b) of the Act, do not violate either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. Neither the absence of a *mens rea* requirement nor the imposition of an onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities offends the *Charter* rights of those accused of regulatory offences.

Regulatory legislation is essential to the functioning of our society and to the protection of the public. It responds to the compelling need to protect the health and safety of the members of our society and to preserve our fragile environment. The imposition of strict liability is both reasonable and essential to the operation of regulatory schemes.

en cas d'infraction, il faut, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, que la preuve soit faite qu'il y a eu faute avant qu'il soit possible d'imputer une responsabilité. J'ai toutefois conclu que l'exigence en matière de faute pour les infractions réglementaires est différente de celle requise pour les infractions criminelles. Dans un contexte réglementaire, il est approprié d'imputer la faute en fonction de la négligence. Le retrait de l'exigence de la *mens rea* dans le cas des infractions de responsabilité stricte n'entraîne donc aucune violation de l'art. 7. Il s'ensuit que les al. a) et b) du par. 37.3(2) ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*.

J'ai déjà signalé que la portée et la signification de la présomption d'innocence prévue par l'al. 11d) varient selon qu'il s'agit d'une infraction réglementaire ou d'une infraction criminelle. À mon avis, il est justifié et permis, en matière d'infractions de responsabilité stricte, d'imposer à l'accusé une charge de persuasion inversée l'obligeant à prouver qu'il a fait preuve de diligence, et cela ne viole pas la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d). Je conclus, par conséquent, que les al. a) et b) du par. 37.3(2) ne violent pas l'al. 11d) de la *Charte*.

VI

Conclusion

Les infractions de responsabilité stricte, dont l'effet combiné des al. 36(1)a) et 37.3(2)a) et b) de la Loi constitue un exemple en l'espèce, ne violent ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Par ailleurs, ni l'absence de l'exigence de la *mens rea* ni l'imposition à l'accusé de la charge de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été diligent ne contreviennent aux droits garantis par la *Charte* aux personnes accusées d'avoir commis des infractions réglementaires.

Les lois de nature réglementaire sont essentielles pour le fonctionnement de notre société et la protection du public. Elles permettent de donner suite au besoin impérieux de protéger la santé et la sécurité des membres de notre société et de préserver notre fragile environnement. L'imputation d'une responsabilité stricte est à la fois raisonnable et essentielle pour le fonctionnement des régimes de réglementation.

VII

Disposition

Since paragraphs (c) and (d) of s. 37.3(2) of the Act violate s. 7 of the *Charter* and cannot be justified under s. 1, they must be struck down and declared to be of no force or effect. What remains in s. 36(1)(a) and s. 37.3(2)(a) and (b) is a strict liability regulatory offence. These provisions are valid and enforceable. In the result I would dismiss the appeal and allow the Crown's appeal to the extent required to reflect this disposition.

The reasons of Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J.—I have had the benefit of the reasons of the Chief Justice Lamer and of Justice Cory. I am in agreement with the conclusions of Lamer C.J. as to the standing of the appellant corporation and with both Lamer C.J. and Cory J. that paras. (c) and (d) of s. 37.3(2) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that such infringement is not justified under s. 1 thereof. I also share the views of Lamer C.J. that the reverse onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities (via the words "he establishes that" in s. 37.3(2) of the *Competition Act*) infringes s. 11(d) of the *Charter*. However, for many of the reasons given by Cory J. in the context of his s. 11(d) analysis, I arrive at a different conclusion from Lamer C.J. on the question of whether such a restriction is a reasonable and demonstrably justified limit under s. 1 of the *Charter*.

There is no question that the presumption of innocence is a fundamental legal right which plays a very important role in the administration of our criminal law system. The importance of this right is illustrated by its entrenchment in s. 11(d) of the *Charter*. However, as is the case for all rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, it is subject to limitations under

VII

Dispositif

Étant donné que les al. c) et d) du par. 37.3(2) de la Loi violent l'art. 7 de la *Charte* et ne peuvent être justifiés par l'article premier, ils doivent être invalidés et déclarés inopérants. Par ailleurs, les al. 36(1)a) et 37.3(2)a) et b) prévoient une infraction réglementaire de responsabilité stricte et ces dispositions sont valides et exécutoires. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Wholesale Travel et d'accueillir le pourvoi du ministère public dans la mesure conforme au présent dispositif.

Version française des motifs des juges Gonthier, Stevenson et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge en chef Lamer et du juge Cory. Je suis d'accord avec les conclusions du juge en chef Lamer en ce qui concerne la qualité pour agir de la personne morale appelante et avec le juge en chef Lamer et le juge Cory pour dire que les al. c) et d) du par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, portent atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte ne peut pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je partage également l'opinion du juge en chef Lamer selon laquelle l'inversion de la charge obligeant l'accusé à prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités (au moyen des mots «elle prouve que» figurant au par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*. Toutefois, pour bon nombre des motifs exposés par le juge Cory dans le cadre de son analyse fondée sur l'al. 11d), j'arrive à une conclusion différente de celle du juge en chef Lamer sur la question de savoir si une telle restriction constitue une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Il ne fait aucun doute que la présomption d'innocence est un droit fondamental qui joue un rôle très important dans l'administration de notre système de droit pénal. Sa consécration dans l'al. 11d) de la *Charte* en illustre bien l'importance. Cependant, comme pour tous les autres droits et libertés garantis par la *Charte*, il peut être restreint dans certaines

s. 1 of the *Charter*. The procedure to be followed when the state is attempting to justify a limit on a right or freedom under s. 1 of the *Charter* is well established and described in the Chief Justice's reasons. This procedure, which was first set out by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, involves the application of four criteria: (1) the objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; (2) the means chosen to achieve the objective must be "rationally connected" to the objective and not arbitrary, unfair or based on irrational considerations; (3) the means chosen must impair the right or freedom in question as "little as possible" to accomplish the objective; and (4) the means chosen must be such that their effects on the limitation on rights and freedoms are proportional to the objective.

At the outset, I would like to point out that it is now clear that a rigid or formalistic approach must be avoided when applying the various criteria of the *Oakes* analysis, and that proper consideration must be given to the circumstances and context of a particular case: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 737-38, *per* Dickson C.J. speaking for the majority. In the present case, the special nature of the legislation and offence in question must be kept in mind when applying s. 1 of the *Charter*. In this respect, I agree with Cory J. that what is ultimately involved in this appeal is the ability of federal and provincial governments to pursue social ends through the enactment and enforcement of public welfare legislation. While I abstain from commenting on the dichotomy articulated by Cory J. between "true crimes" and "regulatory offences", I agree with my colleague that the offence of false or misleading advertisement may properly be characterized as a public welfare offence and that the prohibition of such offences is of fundamental importance in Canadian society.

Having said that, I will now apply the *Oakes* analysis to the case at bar. I am in agreement with the conclusions of Lamer C.J. regarding the first two

limites en vertu de l'article premier de la *Charte*. La méthode à suivre lorsque l'État cherche à justifier la restriction imposée à un droit ou à une liberté conformément à l'article premier de la *Charte* est bien établie et décrite dans les motifs du Juge en chef. Cette méthode, que notre Cour a exposée la première fois dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, nécessite l'application de quatre critères: (1) l'objectif que vise la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, (2) les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles, (3) ces moyens doivent porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question et (4) ils doivent être de telle nature que leurs effets sur la restriction des droits et libertés sont proportionnels à l'objectif.

Je voudrais d'abord signaler qu'il est maintenant évident que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application des divers critères de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes* et qu'il faut tenir compte des circonstances et du contexte d'un cas particulier: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 737 et 738, le juge en chef Dickson au nom de la majorité. En l'espèce, on ne doit pas oublier la nature particulière de la loi et de l'infraction en question au moment d'appliquer l'article premier de la *Charte*. À cet égard, je suis d'accord avec le juge Cory que le présent pourvoi porte en fin de compte sur la capacité des gouvernements fédéral et provinciaux de poursuivre des fins sociales par l'adoption et la mise en application de lois visant à assurer le bien-être public. Bien que je m'abstienne de faire des remarques sur la dichotomie, exprimée clairement par le juge Cory, entre les «crimes proprement dits» et les «infractions réglementaires», je suis d'accord avec mon collègue que l'infraction de publicité fautive ou trompeuse peut être dûment qualifiée d'infraction contre le bien-être public et que l'interdiction des actes prévus dans ce genre d'infractions est d'une importance primordiale dans la société canadienne.

Cela dit, j'appliquerai maintenant à l'espèce l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes*. Je souscris aux conclusions que tire le juge en chef Lamer relativement aux

requirements of the *Oakes* analysis. With respect to the first requirement, I concur that the specific objective of placing a persuasive burden on an accused to prove due diligence is to ensure that all those who are guilty of false or misleading advertising are convicted of these public welfare offences and to avoid the loss of convictions because of evidentiary problems which arise because the relevant facts are particularly in the knowledge of the accused. This legislative objective is of sufficient importance to warrant overriding the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. It relates to concerns which are "pressing and substantial" in Canadian society; especially when one considers the overall objective of the *Competition Act* which is to promote vigorous and fair competition throughout Canada.

With respect to the second requirement of *Oakes*, I agree that there is a rational connection between the desired objective and the means chosen to attain the objective. Removing the burden on the Crown to prove lack of due diligence beyond a reasonable doubt and instead requiring the accused to establish due diligence on a balance of probabilities is without a doubt a rational and logical way of attaining the legislative objective.

However, it is with respect to the third requirement of the *Oakes* analysis, that I respectfully disagree with the conclusions of Lamer C.J. This step requires a consideration of whether the means chosen impair the right or freedom in question no more than is necessary to accomplish the desired objective. Lamer C.J. is of the opinion that the use of a persuasive burden in s. 37.3(2) of the *Competition Act* cannot pass this third step of the *Oakes* analysis because of the presence of an alternative means open to Parliament that would be less intrusive on s. 11(d) of the *Charter* and would "go a long way" in achieving the objective. The alternative in question is the use of a "mandatory presumption of negligence" (following from the proof of the *actus reus*) which could be rebutted by something less than an accused's establishing due diligence on a balance of probabilities, i.e., by raising a reasonable doubt as to due diligence.

deux premières exigences de cette analyse. En ce qui concerne la première, je suis d'accord que l'objectif précis de l'imposition à l'accusé de l'obligation de s'acquitter de la charge de persuasion pour prouver la diligence est de faire en sorte que toutes les personnes qui font de la publicité fausse ou trompeuse soient reconnues coupables de ces infractions contre le bien-être public et d'éviter qu'ils échappent à une condamnation en raison de problèmes relatifs à la présentation de la preuve qui découlent de ce que l'accusé est seul à connaître les faits pertinents. Cet objectif du législateur est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Il se rapporte à des préoccupations qui sont «urgentes et réelles» dans la société canadienne, tout particulièrement lorsqu'on examine l'objectif global de la *Loi sur la concurrence*, qui est de favoriser la concurrence vigoureuse et loyale partout au Canada.

Quant à la deuxième exigence de l'arrêt *Oakes*, je reconnais qu'il y a un lien rationnel entre l'objectif recherché et le moyen choisi pour l'atteindre. Décharger le ministère public de la charge de prouver l'absence de diligence hors de tout doute raisonnable et exiger à la place que l'accusé prouve la diligence selon la prépondérance des probabilités est sans aucun doute une façon rationnelle et logique d'atteindre l'objectif du législateur.

Toutefois, c'est au sujet de la troisième exigence de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes* que, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec les conclusions du juge en chef Lamer. Cette étape exige que l'on vérifie si les moyens choisis ne portent atteinte au droit ou à la liberté en question que dans la mesure nécessaire pour réaliser l'objectif recherché. Le juge en chef Lamer est d'avis que le recours à la charge de persuasion au par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence* ne peut pas satisfaire à cette troisième étape de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes* en raison de la présence d'un autre moyen qu'aurait pu choisir le législateur et qui serait moins attentatoire à l'al. 11d) de la *Charte* et réaliserait «en grande partie» l'objectif. L'autre moyen en question est le recours à une «présomption impérative de négligence» (découlant de la preuve de l'*actus reus*) qui pourrait être réfutée par quelque moyen moins rigoureux que la preuve par

With respect, I cannot agree that such a means would achieve the stated objective as effectively nor would it go a long way in achieving it. Such a means would shift to the accused the burden of simply raising a reasonable doubt as to due diligence and would not thereby allow the effective pursuit of the regulatory objective. It would leave the Crown the legal burden of proving facts largely within the peculiar knowledge of the accused.

For the reasons given by Cory J. in the context of his s. 11(d) analysis, such an alternative would in practice make it virtually impossible for the Crown to prove public welfare offences such as the one in question and would effectively prevent governments from seeking to implement public policy through prosecution. It would also not provide effective inducement for those engaged in regulated activity to comply strictly with the regulatory scheme including adopting proper procedures and record keeping and might even have a contrary effect. Though such a result would be clearly advantageous to an accused, it would not be effective in avoiding the loss of convictions because the Crown could not prove facts within the particular knowledge of the accused. In sum, taking into account the particular circumstances described by Cory J. in his reasons, Parliament could not "reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively": *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1341, *per* Lamer C.J. for the majority.

As for the final requirement of the *Oakes* analysis, I would also respectfully disagree with the conclusions of Lamer C.J. As noted by Cory J. in his reasons, regulated activity and public welfare offences are a fundamental part of Canadian society. Those who choose to participate in regulated activities must be taken to have accepted the consequential responsibilities and their penal enforcement. One of these consequences is that they should be held responsible for the harm that may result from their lack of due

l'accusé de la diligence selon la prépondérance des probabilités, c.-à-d. en suscitant un doute raisonnable quant à la diligence. En toute déférence, je ne peux pas être d'accord qu'un tel moyen atteindrait l'objectif mentionné aussi efficacement, ni qu'il le réaliserait en grande partie. Ce moyen rejeterait sur l'accusé la charge de susciter simplement un doute raisonnable quant à la diligence et ne permettrait pas la poursuite efficace de l'objectif fixé par règlement. Cela laisserait au ministère public la charge ultime de prouver des faits que l'accusé est en grande partie seul à connaître.

Pour les motifs exprimés par le juge Cory dans le cadre de son analyse fondée sur l'al. 11d), une telle solution de rechange rendrait pratiquement impossible pour le ministère public de prouver les infractions contre le bien-être public comme l'infraction en question et empêcherait effectivement les gouvernements de chercher à mettre en œuvre des politiques d'intérêt public en ayant recours à des poursuites. Cela n'encouragerait pas non plus ceux qui s'adonnent à une activité réglementée à se conformer strictement au régime réglementaire, notamment en adoptant des méthodes adéquates et en tenant des registres, et pourrait même avoir un effet contraire. Bien qu'une telle issue serait nettement avantageuse pour l'accusé, elle empêcherait le ministère public d'obtenir des condamnations dans certains cas parce qu'il ne peut pas prouver des faits que l'accusé est seul à connaître. En résumé, compte tenu des circonstances particulières décrites par le juge Cory dans ses motifs, le Parlement n'aurait pas «pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié»: *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1341, le juge en chef Lamer pour la majorité.

Quant à la dernière exigence de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes*, en toute déférence, je ne puis souscrire aux conclusions du juge en chef Lamer. Ainsi que le fait remarquer le juge Cory dans ses motifs, l'activité réglementée et les infractions contre le bien-être public sont des éléments fondamentaux dans la société canadienne. Ceux qui choisissent de participer à des activités réglementées doivent être considérés comme ayant accepté les responsabilités qui en découlent et leur application en droit pénal.

diligence. Unless they can prove on a balance of probabilities that they exercised due diligence, they shall be convicted and in some cases face a possible prison term. These participants are in the best position to prove due diligence since they possess in most cases the required information. Viewed in this context, and taking into account the fundamental importance of the legislative objective as stated and the fact that the means chosen impair the right guaranteed by s. 11(d) as little as is reasonably possible, the effects of the reverse onus on the presumption of innocence are proportional to the objective.

Having found that the reverse onus on the accused to establish due diligence on a balance of probabilities (via the words "he establishes that" in s. 37.3(2) of the *Competition Act*) satisfies all four requirements of the *Oakes* analysis, I conclude that such an onus is saved under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit in a free and democratic society. Accordingly, I would dispose of the appeals in the manner suggested by Cory J.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with the conclusions of Chief Justice Lamer. The modified due diligence defence embodied in s. 37.3(2)(c) and (d) of the *Competition Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, permits conviction in the absence of even the minimum fault of negligence and thus infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The requirement in s. 37.3(2) that the accused establish due diligence on a balance of probabilities, through the inclusion of the phrase "he establishes that", permits conviction despite a reasonable doubt as to an essential element of the offence; combined with the sanction of imprisonment, the application of this onus upon an alleged offender violates s. 11(d) of the *Charter*. Neither of these infringements can be upheld under s. 1 of the *Charter*.

L'une de ces conséquences est qu'ils devraient être tenus responsables du tort qui peut résulter de leur manque de diligence. À moins qu'ils ne puissent prouver la diligence selon la prépondérance des probabilités, ils seront reconnus coupables et, dans certains cas, ils risquent l'emprisonnement. Ce sont eux qui sont le plus en mesure de prouver la diligence étant donné que, dans la plupart des cas, ils sont en possession des renseignements requis. Vus dans ce contexte, et compte tenu de l'importance fondamentale de l'objectif du législateur et du fait que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'al. 11d), les effets de l'inversion de la charge sur la présomption d'innocence sont proportionnels à l'objectif.

Ayant déterminé que l'inversion de la charge obligeant l'accusé à prouver sa diligence selon la prépondérance des probabilités (au moyen des mots «elle prouve que» figurant au par. 37.3(2) de la *Loi sur la concurrence*) satisfait aux quatre exigences de l'analyse faite dans l'arrêt *Oakes*, je conclus que cette inversion est sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte* parce qu'elle constitue une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis donc d'avis de trancher les pourvois de la façon proposée par le juge Cory.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je souscris aux conclusions du juge en chef Lamer. La défense modifiée de diligence inscrite aux al. 37.3(2)c) et d) de la *Loi sur la concurrence*, S.R.C. 1970, ch. C-23, permet de déclarer une personne coupable même sans le degré minimal de faute de la négligence et contrevient donc à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'exigence prévue au par. 37.3(2), par les mots «elle prouve que», imposant à l'accusé de prouver la diligence selon la prépondérance des probabilités permet de déclarer une personne coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément important de l'infraction; combinée à une peine d'emprisonnement, l'attribution de cette charge de preuve à l'accusé viole l'al. 11d) de la *Charte*. Aucune de ces violations ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

I agree with Lamer C.J. that when the offending provisions in s. 37.3(2)(c) and (d) of the Act and the offending phrase in s. 37.3(2) are removed, the remaining provision at issue, s. 36(1)(a), does not infringe the *Charter*.

Leaving aside the significance of “stigma”, upon which I make no comment, it is my view that the penalty of imprisonment cannot, without violating the guarantees in the *Charter*, be combined with an offence which permits conviction without fault or because the accused has failed to prove that he or she is innocent on a balance of probabilities. Nor can such a combination be “demonstrably justified in a free and democratic society”, in my opinion.

I find it unnecessary to consider either the application of the *Charter* to a provision dealing with corporations only, or the “range of means” approach to over-intrusiveness under s. 1 of the *Charter*, and would prefer to leave these questions for another case.

I would dispose of the appeals and answer the constitutional questions as proposed by Lamer C.J.

The appeal by The Wholesale Travel Group Inc. is dismissed. The Crown’s appeal is allowed, LAMER C.J., LA FOREST, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting in the result.

Solicitors for The Wholesale Travel Group Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for Her Majesty The Queen: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Jack Johnson, Toronto.

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

Je suis d’accord avec le juge en chef Lamer pour conclure que lorsque les dispositions en cause aux al. 37.3(2)c) et d) de la Loi et les mots contestés au par. 37.3(2) sont supprimés, la disposition restant en litige, l’al. 36(1)a), ne viole pas la *Charte*.

Abstraction faite de l’importance des «stigmates», dont je ne discuterai pas, je suis d’avis que la peine d’emprisonnement ne peut pas, sans porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*, être combinée à une infraction qui permet qu’une personne soit déclarée coupable sans qu’il y ait faute de sa part ou parce que l’accusé n’a pas prouvé son innocence selon la prépondérance des probabilités. À mon avis, une telle combinaison ne constitue pas non plus une limite «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique».

Je n’estime pas nécessaire d’examiner ni l’application de la *Charte* à une disposition portant sur les personnes morales seulement, ni la démarche relative à la «gamme des moyens» en ce qui concerne l’atteinte excessive en fonction de l’article premier de la *Charte*, et je préfère laisser ces questions à une autre instance.

Je trancherais les pourvois et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge en chef Lamer.

Le pourvoi de The Wholesale Travel Group Inc. est rejeté. Le pourvoi du ministère public est accueilli et le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents quant au résultat.

Procureurs de The Wholesale Travel Group Inc.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de Sa Majesté la Reine: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario: Jack Johnson, Toronto.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

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

Solicitors for the interveners Ellis-Don Limited and Rocco Morra: Lerner & Associates, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

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

Procureurs des intervenants Ellis-Don Limited et Rocco Morra: Lerner & Associates, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1991 Vol. 3

3^e cahier, 1991 Vol. 3

Cited as [1991] 3 S.C.R. 263-419

Renvoi [1991] 3 R.C.S. 263-419

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration) 317

Practice — Taxation of costs — Application to a judge for review of registrar's decision — No error in principle found — Amount of time for preparation reasonable — Application dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 62.

Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp. 388

Guarantee — Liability of guarantor of ultra vires loan — Statutory corporation making loan contrary to statutory objects — Whether loan ultra vires — If so, whether guarantor liable to repay loan — The Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155, ss. 1, 3, 7(c), 9(7), 26(2), (5) — The Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 3(1)(b), 16(3).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

SOMMAIRE

Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) 317

Pratique — Taxation des dépens — Requête en révision de la décision du registraire adressée à un juge — Absence d'erreur de principe — Caractère raisonnable du temps consacré à la préparation du pourvoi — Requête rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 62.

Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp. 388

Cautionnement — Responsabilité de la caution d'un prêt ultra vires — Société constituée en vertu d'une loi ayant consenti un prêt en contravention de ses objets légaux — Ce prêt est-il ultra vires? — Dans l'affirmative, la caution est-elle tenue de rembourser le prêt? — Loi sur le Fonds de développement économique local, L.R.M. 1987, ch. C155, art. 1, 3, 7c), 9(7), 26(2), (5) — Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 3(1)b), 16(3).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Corporations — Statutory corporation making loan contrary to statutory objects — Applicability of doctrine of ultra vires to statutory corporation — The Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155, ss. 1, 3, 7(c), 9(7), 26(2), (5) — The Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 3(1)(b), 16(3).

Leiriao v. Val-Bélaïr (Town)..... 349

Expropriation — Municipal law — Land reserve — Municipal council authorizing by resolution expropriation of immovable property for land reserve — Whether Cities and Towns Act gives municipalities a power to expropriate for land reserve — Whether phrase "for purposes of a land reserve" contained in expropriation notice meets requirements of s. 40 of Expropriation Act — Whether resolution adopted by municipal council sufficient to authorize expropriation — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 29.4, 570 — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, s. 40.

R. v. F. (H.) 322

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Trial judge admitting prior statements by complainant — Statements admissible to rebut allegation of recent fabrication — Conviction upheld.

R. v. Grover 387

Criminal law — Jury — Questions from jury — Crown's address to jury — Trial judge unintentionally misleading jury as to availability of assistance on questions of fact — Crown's address to jury not fair and dispassionate presentation of its case — New trial ordered.

R. v. Gruenke..... 263

Evidence — Privilege — Religious communications — Church member accused of murder — Communications between pastor and church member about involvement of murder admitted into evidence — Counsel allowed time to argue point in absence of jury — Whether communications protected by common law privilege — Alternatively, whether communications protected confidential communications, and therefore inadmissible, both on the basis of the common law and of s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether absence of formal voir dire denied a fair trial — Whether charge to jury such as to deny fair trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

R. v. Hick 383

Criminal law — Unlawful confinement — Guilty plea — Co-accused acquitted at trial — Whether or not accused should be allowed to withdraw plea.

SOMMAIRE (Suite)

Compagnies — Société constituée en vertu d'une loi ayant consenti un prêt en contravention de ses objets légaux — Applicabilité de la théorie de l'ultra vires à une société constituée en vertu d'une loi — Loi sur le Fonds de développement économique local, L.R.M. 1987, ch. C155, art. 1, 3, 7c), 9(7), 26(2), (5) — Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 3(1)b), 16(3).

Leiriao c. Val-Bélaïr (Ville)..... 349

Expropriation — Droit municipal — Réserve foncière — Conseil municipal autorisant par résolution l'expropriation d'un immeuble pour fins de réserve foncière — La Loi sur les cités et villes donne-t-elle aux municipalités un pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière? — La mention "pour fins de réserve foncière" contenue à l'avis d'expropriation satisfait-elle aux exigences de l'art. 40 de la Loi sur l'expropriation? — La résolution adoptée par le conseil municipal était-elle suffisante pour autoriser l'expropriation? — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 29.4, 570 — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 40.

R. c. F. (H.) 322

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Utilisation par le juge du procès de déclarations antérieures faites par le plaignant — Déclarations admissibles pour réfuter l'allégation de fabrication récente — Déclaration de culpabilité maintenue.

R. c. Grover 387

Droit criminel — Jury — Questions du jury — Exposé du ministère public au jury — Juge du procès ayant involontairement induit le jury en erreur sur la possibilité d'obtenir de l'aide sur des questions de fait — Exposé du ministère public au jury ne constituant pas une présentation équitable et objective de sa preuve — Nouveau procès ordonné.

R. c. Gruenke..... 263

Preuve — Privilège — Communications religieuses — Membre d'une Église accusée de meurtre — Utilisation en preuve des communications entre un pasteur et un membre de l'Église au sujet de son implication dans un meurtre — L'avocat a eu la possibilité de soulever un point en l'absence du jury — Les communications sont-elles protégées par un privilège de common law? — Subsidiairement, les communications sont-elles des communications confidentielles protégées et donc inadmissibles aux termes de la common law et de l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'absence de voir-dire formel a-t-elle empêché la tenue d'un procès équitable? — L'exposé au jury était-il de nature à empêcher la tenue d'un procès équitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

CONTENTS (Concluded)

R. v. Meddoui	320
Criminal law — Evidence — Witnesses — Cross-examination — Proposed line of questioning relating to collateral matter — Relevance tenuous — Trial judge properly excluding cross-examination — Conviction upheld.	
R. v. Stewart	324
Criminal law — Sentencing — Parole ineligibility — Accused convicted of first degree murder following new trial — Sentence of life imprisonment without parole eligibility for 25 years imposed under transitional provisions of criminal law amendment act — Parole ineligibility at time of first trial was 10 to 20 years — Accused not sentenced and convicted under wrong law — Accused's detention lawful under transitional provision — Appeal dismissed.	
R. v. Stinchcombe	326
Criminal law — Evidence — Crown's obligation to make disclosure to defence — Witness favourable to accused interviewed by police — Crown not calling witness and refusing to produce statements obtained — Whether Crown obliged to disclose statements.	

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Hick	383
Droit criminel — Séquestration — Plaidoyer de culpabilité — Coaccusé acquitté au procès — L'accusé devrait-il être autorisé à retirer son plaidoyer?	
R. c. Meddoui	320
Droit criminel — Preuve — Témoins — Contre-interrogatoire — Genre de questions proposées se rapportant à un fait incident — Faible pertinence — Exclusion à bon droit par le juge du procès du contre-interrogatoire — Maintien de la déclaration de culpabilité.	
R. c. Stewart	324
Droit criminel — Prononcé de la sentence — Inadmissibilité à la libération conditionnelle — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré à la suite d'un nouveau procès — Peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans prononcée en vertu des dispositions transitoires d'une loi modifiant le droit criminel — Période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 10 à 20 ans à l'époque du premier procès — Accusé non reconnu coupable et condamné en vertu d'une loi inapplicable — Légalité de la détention de l'accusé aux termes d'une disposition transitoire — Pourvoi rejeté.	
R. c. Stinchcombe	326
Droit criminel — Preuve — Obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense — Témoin favorable à l'accusé interrogé par la police — Le ministère public n'a pas cité ce témoin et a refusé de produire les déclarations obtenues de lui — Le ministère public est-il tenu de divulguer les déclarations?	

Adele Rosemary Gruenke *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GRUENKE

File No.: 21410.

1991: May 10; 1991: October 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Evidence — Privilege — Religious communications — Church member accused of murder — Communications between pastor and church member about involvement of murder admitted into evidence — Counsel allowed time to argue point in absence of jury — Whether communications protected by common law privilege — Alternatively, whether communications protected confidential communications, and therefore inadmissible, both on the basis of the common law and of s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether absence of formal voir dire denied a fair trial — Whether charge to jury such as to deny fair trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

This appeal from a conviction for first degree murder involves the admissibility of evidence, given by a pastor and lay counsellor of a fundamentalist Christian church, regarding communications made to them by the appellant about her involvement in the crime. The Crown's theory was that the appellant had enlisted the aid of her boyfriend in the planning and commission of the murder, which she committed, to stop the victim's sexual harassment of her and to benefit from the provisions of his will. The evidence of the appellant's pastor and the lay counsellor, which directly supported the Crown's theory, was ruled admissible at trial. The communications between the appellant, the pastor and the lay counsellor took place when the lay counsellor, on hearing of the victim's death two days earlier, visited the appellant. When the appellant began speaking of her involvement

Adele Rosemary Gruenke *Appelante*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GRUENKE

^b N^o du greffe: 21410.

1991: 10 mai; 1991: 24 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^d *Preuve — Privilège — Communications religieuses — Membre d'une Église accusée de meurtre — Utilisation en preuve des communications entre un pasteur et un membre de l'Église au sujet de son implication dans un meurtre — L'avocat a eu la possibilité de soulever un point en l'absence du jury — Les communications sont-elles protégées par un privilège de common law? — Subsidiairement, les communications sont-elles des communications confidentielles protégées et donc inadmissibles aux termes de la common law et de l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'absence de voir-dire formel a-t-elle empêché la tenue d'un procès équitable? — L'exposé au jury était-il de nature à empêcher la tenue d'un procès équitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).*

^e ^f ^g ^h ⁱ ^j Le présent pourvoi contre une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré porte sur l'admissibilité des témoignages d'un pasteur et d'une conseillère laïque d'une Église chrétienne fondamentaliste, concernant des communications qui leur ont été faites par l'appelante sur son implication dans le crime. La théorie du ministère public était que l'appelante avait demandé l'aide de son ami pour planifier et commettre le meurtre qu'elle a commis pour mettre fin au harcèlement sexuel de la victime à son égard et pour bénéficier des dispositions du testament de celle-ci. Les témoignages du pasteur de l'appelante et de la conseillère laïque, qui appuient directement la théorie du ministère public, ont été jugés recevables au procès. Les communications entre l'appelante, le pasteur et la conseillère laïque ont eu lieu lorsque la conseillère laïque, après avoir appris le décès de la victime deux jours plus tôt, a rendu visite à l'appelante. Après que l'appelante eut commencé à parler de

in the murder, the pastor was called and the conversation continued.

The appellant and her co-accused unsuccessfully appealed their convictions to the Manitoba Court of Appeal. Appellant was granted leave to appeal to this Court; the co-accused did not appeal to this Court.

At issue here was whether the communications were protected by common law privilege, or alternatively, were protected confidential communications, and therefore inadmissible, on the basis of the common law and of s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Other issues related to the absence of a *voir dire* and to the fairness of the trial judge's charge to the jury.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: The fact that English and Canadian courts have not, as a matter of practice, compelled members of the clergy to disclose confidential religious communications, does not answer the question of whether there is a legal common law privilege for religious communications. The existence of a limited statutory religious privilege in some jurisdictions does not indicate that a common law privilege exists; rather, it indicates that the common law did not protect religious communications and that the statutory protection was accordingly necessary.

Whether a *prima facie* privilege exists for religious communications is essentially a policy issue. As a general principle, all relevant evidence is admissible. The policy reasons supporting a class privilege for religious communications must be as compelling as the reason underlying the class privilege for solicitor-client communications: that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication. Religious communications, notwithstanding their social importance, are not inextricably linked with the justice system in that way.

While the value of freedom of religion, embodied in s. 2(a), is significant in particular cases, this value need not necessarily be recognized in the form of a *prima facie* privilege in order to give full effect to the *Charter*

son implication dans le meurtre, le pasteur a été appelé et la conversation s'est poursuivie.

L'appelante et son coaccusé ont sans succès interjeté appel de leur déclarations de culpabilité à la Cour d'appel du Manitoba. L'appelante a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour; le coaccusé n'a pas formé de pourvoi devant nous.

Il s'agit, en l'espèce, de savoir si les communications sont protégées par un privilège de common law ou, subsidiairement, si ce sont des communications confidentielles protégées qui sont donc inadmissibles aux termes de la common law et de l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les autres questions se rapportent à l'absence de voir-dire et à l'équité de l'exposé du juge du procès au jury.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Le fait que les tribunaux anglais et canadiens n'ont pas, en pratique, obligé les membres du clergé à divulguer des communications religieuses confidentielles ne répond pas à la question de savoir s'il existe un privilège juridique de common law en ce qui a trait aux communications religieuses. L'existence d'un privilège légal limité en matière religieuse dans certains ressorts n'indique pas l'existence d'un privilège de common law; elle indique plutôt que la common law ne protégeait pas les communications religieuses et que, par conséquent, il était nécessaire d'avoir une protection légale.

La question de savoir s'il existe un privilège *prima facie* en ce qui a trait aux communications religieuses est essentiellement une question de principe. À titre de principe général, tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles. Les raisons de principe qui justifient l'existence d'un privilège générique en matière de communications religieuses doivent être aussi sérieuses que les raisons qui sous-tendent le privilège générique en matière de communications entre l'avocat et son client: les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système qui veut que la communication soit divulguée. Les communications religieuses, nonobstant leur importance sociale, ne sont pas inextricablement liées de cette manière au système de justice.

Bien que la valeur de la liberté de religion, consacrée à l'al. 2a), soit importante dans certains cas, cette valeur ne doit pas nécessairement être reconnue sous la forme d'un privilège *prima facie* pour que la garantie prévue

guarantee. The extent (if any) to which disclosure of communications will infringe an individual's freedom of religion depends on the particular circumstances involved. Relevant factors include the nature of the communication, the purpose for which it was made, the manner in which it was made, and the parties to the communication.

The Wigmore test as to whether or not a communication is privileged requires that: (1) the communications must originate in a confidence that they will not be disclosed; (2) this element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties; (3) the relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered; and (4) the injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of litigation. This test is consistent with a principled approach to the question which properly takes into account the particular circumstances of each case. These criteria are not carved in stone and only provide a general framework within which policy considerations and the requirements of fact-finding can be weighed and balanced on the basis of their relative importance in the particular case before the court. They do not preclude the identification of a new class on a principled basis.

A case-by-case analysis allows the courts to determine whether, in the particular circumstances, the individual's freedom of religion will be imperilled by the admission of the evidence. This analysis must begin with a "non-denominational" approach. The fact that the communications were not made to an ordained priest or minister or that they did not constitute a formal confession will not eliminate the possibility of the communications' being excluded. All of the relevant circumstances must be considered and the Wigmore criteria must be applied in a manner sensitive to Canada's multicultural heritage. This will be most important at the second and third stages of the Wigmore inquiry. Such a case-by-case approach will avoid the problem of "pigeonholing".

The communications at issue here were properly admitted. They did not even satisfy the first requirement that they originate in a confidence that they would not be disclosed. The expectation of confidentiality is abso-

par la *Charte* s'applique pleinement. La mesure (le cas échéant) dans laquelle la divulgation des communications portera atteinte à la liberté de religion d'une personne dépendra des circonstances particulières en cause. Les facteurs pertinents comprennent la nature de la communication, l'objet de celle-ci, la manière dont elle a été faite et les parties à celle-ci.

Le critère de Wigmore, qui s'applique pour déterminer si une communication est privilégiée, exige: (1) que les communications aient été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées, (2) que le caractère confidentiel soit un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties, (3) que les rapports soient de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment, et (4) que le préjudice permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications soit plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. Ce critère est conforme à une façon, fondée sur des principes, d'aborder la question qui tient compte, à bon droit, des circonstances particulières de chaque cas. Ces critères ne sont pas gravés dans la pierre et ne constituent qu'un cadre général à l'intérieur duquel des considérations de principe et les exigences en matière de recherche des faits peuvent être évaluées et comparées en fonction de leur importance relative dans l'affaire particulière soumise à la cour. Ils n'empêchent pas l'identification d'une nouvelle catégorie fondée sur des principes.

Une analyse de chaque cas permet aux tribunaux de déterminer si, dans les circonstances particulières, la liberté de religion d'une personne sera compromise par l'admission de la preuve. Cette analyse doit commencer par l'adoption d'un point de vue «non confessionnel». Le fait que les communications n'ont pas été faites à un prêtre ou à un pasteur ordonné ou qu'elles ne constituaient pas une confession formelle n'écartera pas la possibilité de les exclure. Il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et le critère de Wigmore doit être appliqué d'une manière qui tient compte du patrimoine multiculturel du Canada. Ce sera plus important aux deuxième et troisième étapes de l'examen relatif au critère de Wigmore. Une telle façon de procéder selon les circonstances de chaque cas aura pour effet d'éviter le problème de la «compartimentation».

Les communications visées en l'espèce ont été admises à bon droit. Elles ne satisfont même pas à la première condition, c'est-à-dire, qu'elles aient été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. L'expectative de caractère confidentiel est absolument cruciale pour que les communi-

lutely critical to qualify as “privileged” for without it the *raison d’être* of the privilege is missing.

The parties’ statements and behaviour in relation to the communication — and not the lack of a formal practice of “confession” in appellant’s church — indicated that these communications were more to relieve appellant’s emotional stress than to give effect to a religious or spiritual purpose. While the existence of a formal practice of “confession” may well be a strong indication that the parties expected the communication to be confidential, the lack of such a formal practice is not, in and of itself, determinative.

The trial judge’s failure to hold a formal *voir dire* and her decision to rule on the defence motion on the basis of argument and the testimony given at the preliminary inquiry did not deny appellant a fair trial. Although an issue of privilege arising in the course of a trial may well be best determined within the sanctuary of a *voir dire*, failure to follow this procedure does not necessarily render the trial unfair. The trial judge here essentially held an informal *voir dire*, without the jury being present, in that counsel were given an opportunity to submit evidence and argument on the defence’s motion for the exclusion of the evidence. While the trial judge bears the ultimate responsibility for determining questions of admissibility, he or she is not required to do more than provide counsel with a reasonable opportunity to elicit evidence and give argument on the issues before making a ruling.

The charge to the jury was full and fair. The charge was not rendered unfair because the trial judge failed to remind the jury that the co-accused’s explanation of protecting the appellant could be considered in relation to her, despite the fact that it could not (because of excessive force) constitute a defence within the meaning of s. 37 of the *Criminal Code* for him. The verdict would not have been different even if the jury had been reminded of this point. Once the communications in question were before the jury, a first degree murder conviction was inevitable.

Per L’Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: One of the primary aims of the adversarial trial process is to find the truth and all relevant information is, therefore, presumptively admissible. Statutory and common law exceptions exclude evidence that is irrelevant, unreliable, susceptible to fabrication, or which would render

communications puissent être qualifiées de «privilegiées» car, sans celle-ci, le privilège n’a pas de raison d’être.

Les déclarations et le comportement des parties relativement à la communication — et non l’absence d’une pratique formelle de «confession» dans l’Église de l’appelante — indiquent qu’elles avaient été faites davantage pour soulager l’appelante de son stress émotionnel qu’à des fins religieuses ou spirituelles. Même s’il se peut bien que l’existence d’une pratique formelle de «confession» indique fortement que les parties s’attendaient à ce que la communication soit confidentielle, l’absence d’une telle pratique formelle n’est pas, en soi, déterminante.

L’appelante n’a pas été privée d’un procès équitable par suite de l’omission du juge du procès de tenir un voir-dire formel et de sa décision de statuer sur la requête de la défense en fonction des arguments et des témoignages présentés à l’enquête préliminaire. Même si une question de privilège soulevée dans un procès peut être mieux tranchée dans le cadre d’un voir-dire, l’omission de suivre cette procédure ne rend pas nécessairement le procès inéquitable. Le juge du procès en l’espèce a essentiellement tenu un voir-dire de façon informelle, en l’absence du jury, car les avocats ont eu l’occasion de présenter des éléments de preuve et des arguments relativement à la requête de la défense visant à exclure la preuve. Bien que le juge du procès ait la responsabilité ultime de trancher les questions de recevabilité, il n’est pas tenu de faire plus que d’accorder à l’avocat une occasion raisonnable de présenter sa preuve et d’avancer des arguments sur ces questions avant de rendre une décision.

L’exposé au jury était complet et équitable. L’exposé n’a pas été rendu inéquitable parce que le juge du procès a omis de rappeler au jury que l’explication du coaccusé, selon laquelle il protégeait l’appelante, pouvait être prise en compte relativement à celle-ci, même si elle ne pouvait pas (à cause de la force excessive) constituer pour lui-même un moyen de défense aux termes de l’art. 37 du *Code criminel*. Le verdict n’aurait pas été différent même si on avait rappelé ce point au jury. Dès que les communications en question avaient été soumises à l’appréciation du jury, une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré devenait inévitable.

Les juges L’Heureux-Dubé et Gonthier: L’un des principaux objectifs du système accusatoire est la recherche de la vérité et toute preuve pertinente est, en conséquence, présumée recevable. Les exceptions prévues par la loi et la common law excluent les éléments de preuve qui ne sont ni pertinents, ni fiables, qui sont

the trial unfair or, even if probative and trustworthy, because of some overriding social concern or judicial policy. The categories of privileged communications are very limited.

The question of whether or not there should be a recognized privilege for confidential religious communications is a question of policy. Several rationales for such a privilege have been put forward.

The first is utilitarian. Religious confidentiality is vitally important not only to the maintenance of religious organizations but also to their individual members. Without it, individuals would be disinclined to confide in their religious leaders. Its value is the value to society of religion and religious organizations generally. Second, the *Charter* guarantee of freedom of religion indicates that a legal privilege for confidential religious communications is commensurate with Canadian values. The third rationale relates to privacy, where the emphasis is placed on the benefit to the individual as opposed to society as a whole. The religious element in the pastor-penitent relationship promotes special values of privacy characteristic of that relationship, and makes the privacy rationale a possible justification towards the recognition of the privilege. As well, it would be impractical and futile to attempt to force the clergy to testify because often the cleric would refuse. Compelling disclosure, or charging a cleric with contempt, could bring disrepute to the system of justice. Indeed, admitting such evidence has been compared to admitting confessions made under duress to police.

Taken as a whole, neither the historical nor the jurisprudential data seems to support the existence of a class-based privilege for religious communications at common law in England. Some Canadian provinces have, however, enacted legislation in that respect.

A human need for a spiritual counsellor exists and, in a system of religious freedom and freedom of thought and belief, must be recognized. While serving a number of other policy interests, the value to society of disclosure to and guidance from a spiritual counsellor, in total and absolute confidence, must supersede the truth-

susceptibles d'avoir été fabriqués ou qui rendraient le procès inéquitable, ou même ceux qui sont probants et fiables, pour répondre à une préoccupation sociale prépondérante ou encore aux fins d'une politique judiciaire.

a Les catégories de communications privilégiées sont très limitées.

La question de savoir si un privilège devrait être reconnu en matière de communications religieuses confidentielles en est une de principe. Plusieurs raisonnements à l'appui d'un tel privilège ont été présentés.

b Le premier est fondé sur le caractère utilitaire. Le caractère confidentiel en matière religieuse a une importance vitale non seulement pour le maintien des organismes religieux, mais également pour leurs membres. En l'absence de celui-ci, un individu ne serait pas porté à se confier à ses autorités religieuses. Sa valeur constitue à l'égard de la société la valeur de la religion et des organismes religieux d'une manière générale. Deuxièmement, la garantie de liberté de religion reconnue dans la *Charte* indique qu'un privilège légal relatif aux communications religieuses confidentielles est à la mesure des valeurs canadiennes. Le troisième raisonnement a trait à la protection de la vie privée parce qu'il met l'accent sur l'avantage qu'en retire le particulier et non pas l'ensemble de la société. L'élément religieux dans les rapports entre ministre du culte et fidèle favorise les valeurs spéciales caractéristiques de la protection de la vie privée et fait en sorte que le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée constitue une justification possible de la reconnaissance du privilège. De même, il serait peu réaliste, voire futile de tenter d'obliger les membres du clergé à témoigner parce que, le plus souvent, les membres du clergé refuseraient. Obliger un membre du clergé à divulguer des communications confidentielles ou l'accuser d'outrage au tribunal serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En fait, l'admission de tels témoignages a été comparée à l'admission de confessions faites sous la contrainte à des policiers.

c Dans l'ensemble, ni l'histoire ni la jurisprudence ne semblent appuyer l'existence d'un privilège générique relatif aux communications religieuses en common law en Angleterre. Toutefois, certaines provinces canadiennes ont adopté des lois à ce sujet.

d Tout être humain a besoin d'un conseiller spirituel et, dans un système de liberté de religion et de liberté de pensée et de croyance, ce besoin doit être reconnu. Tout en servant un certain nombre d'autres intérêts publics, la valeur que représente pour la société la divulgation à un conseiller spirituel et les conseils obtenus auprès de

searching policy. An *ad hoc* approach may overshadow the long-term interest served by the recognition of the privilege since the relationship of the confidence between pastor and penitent may not develop in the absence of an assurance that communications will be protected. Not every religious communication will be protected. The creation of the category simply acknowledges that our society recognizes that the relationship should be fostered, and that disclosure of communications will generally do more harm than good.

A first step involves verifying whether the communications fall into the pastor-penitent category at all. The communications must be intended to be of a religious or spiritual nature. This involves inquiring into: (1) whether the communication involves some aspect of religious belief, worship or practice; (2) whether the religious aspect is the dominant feature or purpose of the communication; (3) whether the communication would have been called into being without the religious aspect; and (4) whether the religious aspect of the communication was a good faith manifestation of a religious belief, worship or practice, or whether it was colourable. The communication must also meet the first two parts of the Wigmore test: (1) the communication must originate in a confidence that it will not be disclosed; (2) this element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties. The latter elements in the Wigmore test are answered by the recognition of a pastor-penitent category.

The requirement of confidentiality stresses that only private communications may be privileged. The analysis of this issue is a factual exercise, having regard to all the circumstances. An overly rigid application emphasizing the practice of the religious denomination should be avoided. The requirement or the availability of confidential communications such as confessions will not be determinative of the availability of the privilege, although it may be relevant. "Confessional" communications should accordingly not receive any "special privilege" going beyond the application of the principles defined here. The absence of a church practice of confession of sin is not determinative of the question of confidentiality.

celui-ci, avec une confiance totale et absolue, doit avoir préséance sur la politique de recherche de la vérité. Une approche *ad hoc* peut éclipser l'intérêt à long terme que sert la reconnaissance du privilège étant donné que les rapports de confiance entre ministre du culte et fidèle sont susceptibles de ne pas se développer en l'absence d'une assurance que les communications seront protégées. Ce ne sont pas toutes les communications religieuses qui seront protégées. La création d'une catégorie souligne simplement que notre société reconnaît que les rapports devraient être favorisés et que la divulgation de communications fera généralement plus de mal que de bien.

Premièrement, il convient de vérifier si les communications s'inscrivent réellement dans la catégorie des communications entre ministre du culte et fidèle. Les communications doivent être destinées à être d'une nature religieuse ou spirituelle. Il convient alors de se demander (1) si la communication comporte un aspect quelconque de croyance religieuse, de culte ou de pratique, (2) si l'aspect religieux constitue la caractéristique dominante ou le but principal de la communication, (3) si la communication aurait eu lieu sans l'aspect religieux, et (4) si l'aspect religieux de la communication équivaut à une manifestation sincère de la croyance religieuse, du culte ou de la pratique, ou s'il est trompeur. La communication doit également satisfaire aux deux premiers éléments du critère de Wigmore: (1) la communication doit avoir été transmise confidentiellement avec l'assurance qu'elle ne serait pas divulguée; (2) le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties. La reconnaissance de la catégorie des communications entre ministre du culte et fidèle répond aux derniers éléments du critère de Wigmore.

L'exigence du caractère confidentiel souligne que seules les communications privées peuvent faire l'objet d'un privilège. L'analyse de cette question en est une de fait, compte tenu de toutes les circonstances. Il convient d'éviter une application trop rigide de la pratique du groupe religieux. L'exigence ou l'existence possible de communications confidentielles, telle la confession, ne sera pas déterminante quant à la reconnaissance possible du privilège bien qu'elle puisse être pertinente. Par conséquent, les communications «faites sous le secret de la confession» ne devraient pas faire l'objet d'un «privilège spécial» allant au-delà de l'application des principes définis en l'espèce. L'absence d'une pratique de confession des péchés dans une Église donnée n'est pas déterminante quant au caractère confidentiel de la communication.

The application of the privilege is narrowed by the requirement that confidentiality must be essential to the full maintenance of the relationship. The privacy interests of the religious leader and individual involved, in combination with the benefit to society of the relationship's confidentiality, will not be sufficient to pass the second criterion in every case. Determination of this issue will involve, among other things, a consideration of the nature of the particular relationship at bar and the nature of the cleric-individual relationship in broader terms. The relationship envisaged in the privilege is one in which the individual approaches the religious leader with the intent of gaining religious or spiritual comfort, advice, or absolution.

The communications here did not originate in the confidence that they would not be disclosed. Although the people involved did converse in private, there is no evidence that the appellant believed or had reason to believe that the conversations were intended to be entirely confidential. Appellant felt remorse and sought out comfort, advice and guidance from her religious leaders. The evidence did not suggest an expectation of complete confidentiality but rather suggests that the appellant herself was preparing to divulge all the information the next day and wanted to tell her co-accused of her intentions.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; **referred to:** *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 110 S.Ct. 577 (1990); *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346; *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73; *R. v. Howse*, [1983] N.Z.L.R. 246; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *Broad v. Pitt*

L'application du privilège est restreinte par l'exigence que le caractère confidentiel soit essentiel au maintien complet des rapports. Les intérêts en matière de protection de la vie privée qu'ont l'autorité religieuse et la personne visée, joints à l'avantage que procure à la société le caractère confidentiel des rapports, ne seront pas suffisants pour satisfaire, dans chaque cas, au deuxième élément du test. L'examen de cette question comportera, notamment, un examen de la nature des rapports particuliers dont il est question et de la nature des rapports entre un membre du clergé et un individu de manière générale. Les rapports visés par le privilège sont ceux dans lesquels la personne communique avec une autorité religieuse dans l'intention d'obtenir un réconfort spirituel ou religieux, un conseil ou l'absolution.

En l'espèce, les communications n'ont pas été faites confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Bien que les personnes visées aient effectivement parlé en privé, il n'y a aucune preuve que l'appelante croyait ou avait des raisons de croire que les conversations seraient entièrement confidentielles. L'appelante avait des remords et cherchait un réconfort et des conseils auprès de ses autorités religieuses. Il ne ressort pas de la preuve qu'elle s'attendait au secret complet; elle laisse plutôt entendre que l'appelante elle-même était prête à divulguer tous les renseignements le lendemain et qu'elle voulait faire part de ses intentions à son coaccusé.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt examiné: *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; **arrêts mentionnés:** *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 110 S.Ct. 577 (1990); *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346; *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73; *R. v. Howse*, [1983] N.Z.L.R. 246; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *Broad v. Pitt*

- (1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528; *Garnet's Trial* (1606), 2 How. St. Tr. 218; *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. 675; *R. v. Hay* (1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933; *Gill v. Bouchard* (1896), 5 Que. Q.B. 138; *Ouellet v. Sicotte* (1896), 9 C.S. 463; *R. v. Medina*, (Ont. S.C., October 17, 1988, unreported); *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515; *In re Keller* (1887), 22 L.R.I. 158; *Tannian v. Synnott* (1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275; *R. v. Lynch*, [1954] Tas. S.R. 47; *People v. Edwards*, 248 Cal.Rptr. 53 (1988), cert. denied 109 S.Ct. 1158 (1989); *Mullen v. U.S.*, 263 F.2d 275 (1959); *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860.
- (1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528; *Garnet's Trial* (1606), 2 How. St. Tr. 218; *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. 675; *R. v. Hay* (1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933; *Gill v. Bouchard* (1896), 5 B.R. 138; *Ouellet v. Sicotte* (1896), 9 C.S. 463; *R. v. Medina*, (C.S. Ont., 17 octobre 1988, inédit); *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515; *In re Keller* (1887), 22 L.R.I. 158; *Tannian v. Synnott* (1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275; *R. v. Lynch*, [1954] Tas. S.R. 47; *People v. Edwards*, 248 Cal.Rptr. 53 (1988), cert. refusé 109 S.Ct. 1158 (1989); *Mullen v. U.S.*, 263 F.2d 275 (1959); *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Solliciteur général du Canada v. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

Statutes and Regulations Cited

- Articuli Cleri*, 9 Edw. 2, c. 10 (Eng. 1315).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Preamble, ss. 2(a), (b), 27.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 9.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 37.
Evidence Act, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6.
Evidence Act (Tasmania), 1910, s. 96(1).
Evidence Act (Victoria), 1958, No. 6246, s. 28.
Evidence Amendment Act (No. 2) (New Zealand), 1980, s. 31.
Evidence (Religious Confessions) Amendment Act (New South Wales), 1989.

Authors Cited

- Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. IV. London: Hunt and Clark, 1827.
 Campbell, Simone, Sr. "Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege" (1976), 9 *U.C. Davis L. Rev.* 523.
 Canada. Law Reform Commission. *Law of Evidence Project, Study Paper No. 12. Evidence: Professional Privileges Before the Courts*. Ottawa: Law Reform Commission, 1975.
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: Law Reform Commission, 1975.
 Chambers, Robert and Mitchell McInnes. *Commentary on R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 176.

Lois et règlements cités

- Articuli Cleri*, 9 Éd. 2, ch. 10 (Angl. 1315).
Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 2a), b), 27.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 37.
Evidence Act, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6.
Evidence Act (Tasmanie), 1910, art. 96(1).
Evidence Act (Victoria), 1958, n° 6246, art. 28.
Evidence Amendment Act (No. 2) (Nouvelle-Zélande), 1980, art. 31.
Evidence (Religious Confessions) Amendment Act (Nouvelle-Galles du Sud), 1989.

g Doctrine citée

- Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. IV. London: Hunt and Clark, 1827.
 Campbell, Simone, Sr. «Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege» (1976), 9 *U.C. Davis L. Rev.* 523.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1975.
 Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve, document préliminaire n° 12. *La preuve: Le secret professionnel devant les tribunaux*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1975.
 Chambers, Robert and Mitchell McInnes. *Commentary on R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1989), 68 *R. du B. can.* 176.

- Cole, William A. "Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis" (1988), 21 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 1.
- Cotton, Barbara. "Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe" (1990), 12 *Advocates' Q.* 195.
- Goldsmith, Michael and Kathryn Ogden Balmforth. "The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines" (1991), 64 *S. Cal. L. Rev.* 903.
- Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (reissued), vol. 11(2). London: Butterworths, 1990.
- Hogan, Edward A. "A Modern Problem on the Privilege of the Confessional" (1951), 6 *Loyola L. Rev.* 1.
- Lindsay, James R. "Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors" (1959), 13 *N. Ir. L.Q.* 160.
- Lyon, J. Noel. "Privileged Communications — Penitent and Priest" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 327.
- McLachlin, Beverley. "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 2 *U.B.C. L. Rev.* 266.
- Mitchell, Mary Harter. "Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion" (1987), 71 *Minn. L. Rev.* 723.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, Ministry of the Attorney General, 1976.
- Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2. (The McRuer Report). Toronto: Queen's Printer, 1968.
- Plantamura, Michael G. "The Clergyman-Penitent Privilege". In Scott N. Stone and Ronald S. Liebman, eds., *Testimonial Privileges*. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1983.
- Pollock, Sir Frederick and Frederic William Maitland. *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2nd ed. (reissued). Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
- Reese, Seward. "Confidential Communications to the Clergy" (1963), 24 *Ohio St. L.J.* 55.
- Reeves, John. *History of the English Law*, 2nd ed., vol. 2. New York: Augustus M. Kelley, 1787. Reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969.
- Ryan, H. R. S. "Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information" (1991), 73 *C.R.* (3d) 217.
- Sim, Peter. "Privilege and Confidentiality: The Impact of Slavutych v. Baker on the Canadian Law of Evidence" (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 357.
- Cole, William A. «Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis» (1988), 21 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 1.
- Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. *La preuve au Canada. Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1983.
- Cotton, Barbara. «Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe» (1990), 12 *Advocates' Q.* 195.
- Goldsmith, Michael and Kathryn Ogden Balmforth. «The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines» (1991), 64 *S. Cal. L. Rev.* 903.
- Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (reissued), vol. 11(2). London: Butterworths, 1990.
- Hogan, Edward A. «A Modern Problem on the Privilege of the Confessional» (1951), 6 *Loyola L. Rev.* 1.
- Lindsay, James R. «Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors» (1959), 13 *N. Ir. L.Q.* 160.
- Lyon, J. Noel. «Privileged Communications — Penitent and Priest» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 327.
- McLachlin, Beverley. «Confidential Communications and the Law of Privilege» (1977), 2 *U.B.C. L. Rev.* 266.
- Mitchell, Mary Harter. «Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion» (1987), 71 *Minn. L. Rev.* 723.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, Ministry of the Attorney General, 1976.
- Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2. (The McRuer Report). Toronto: Queen's Printer, 1968.
- Plantamura, Michael G. «The Clergyman-Penitent Privilege». In Scott N. Stone and Ronald S. Liebman, eds., *Testimonial Privileges*. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1983.
- Pollock, Sir Frederick and Frederic William Maitland. *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2nd ed. (reissued). Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
- Reese, Seward. «Confidential Communications to the Clergy» (1963), 24 *Ohio St. L.J.* 55.
- Reeves, John. *History of the English Law*, 2nd ed., vol. 2. New York: Augustus M. Kelley, 1787. Reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969.

- Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Stoyles, Robert L. "The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses" (1967), 29 *U. Pitt. L. Rev.* 27. ^a
- Tiemann, William Harold and John C. Bush. *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law*, 2nd ed. Nashville: Abingdon Press, 1983.
- Uniform Law Conference of Canada. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982. ^b
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961. ^c
- Yellin, Jacob M. "The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege" (1983), 23 *Santa Clara L. Rev.* 95. ^d
- Ryan, H. R. S. «Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information» (1991), 73 C.R. (3d) 217.
- Sim, Peter. «Privilege and Confidentiality: The Impact of Slavutych v. Baker on the Canadian Law of Evidence» (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 357.
- Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Stoyles, Robert L. «The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses» (1967), 29 *U. Pitt. L. Rev.* 27.
- Tiemann, William Harold and John C. Bush. *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law*, 2nd ed. Nashville: Abingdon Press, 1983.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Yellin, Jacob M. «The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege» (1983), 23 *Santa Clara L. Rev.* 95. ^e

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 55 Man. R. (2d) 289, 68 C.R. (3d) 382, dismissing an appeal from conviction by Krindle J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Allan S. Manson, for the appellant.

J. G. B. Dangerfield, Q.C., for the respondent. ^f

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

LAMER C.J.—This case, an appeal from a jury conviction for first degree murder, involves the alleged inadmissibility of certain evidence: the testimony of a pastor and lay counsellor of the Victorious Faith Centre Church regarding communications made to them by the appellant regarding her involvement in the murder. The appellant argues that the communications were privileged, and therefore inadmissible, both on the basis of the common law and on the basis of s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Two further issues raised on appeal relate to the fairness of the trial judge's charge to the jury. ^g

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 55 Man. R. (2d) 289, 68 C.R. (3d) 382, qui a rejeté l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Krindle siégeant avec jury. Pourvoi rejeté. ^e

Allan S. Manson, pour l'appelante.

J. G. B. Dangerfield, c.r., pour l'intimée. ^f

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi contre une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée par un jury porte sur la prétendue inadmissibilité de certains éléments de preuve: le témoignage d'un pasteur et d'une conseillère laïque de la Victorious Faith Centre Church concernant des communications qui leur ont été faites par l'appelante sur son implication dans le meurtre. L'appelante soutient que les communications étaient privilégiées et, par conséquent, inadmissibles aux termes de la common law et de l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deux autres questions, soulevées dans le pourvoi, se rapportent à l'équité de l'exposé du juge du procès au jury. ^g

The appellant and her co-accused, Mr. Fosty, were convicted at trial and appealed unsuccessfully to the Manitoba Court of Appeal. Ms. Gruenke was granted leave to appeal to this Court; Mr. Fosty is not in appeal to this Court.

This case requires the Court to consider whether a common law *prima facie* privilege for religious communications should be recognized or whether claims of privilege for such communications should be dealt with on a case-by-case basis. The Court has also been invited to consider how the constitutional guarantee of freedom of conscience and religion impacts on these questions.

The Facts

The appellant was (at the time of the incident) a 22-year-old woman, trained in reflexology (reflexology is a form of therapy like acupuncture). The victim, Philip Barnett, was an 82-year-old client of Ms. Gruenke who had befriended both Ms. Gruenke and her mother (the appellant's father died of leukemia when she was 15). Mr. Barnett loaned money to Ms. Gruenke to start her own reflexology business and had provided her with a car and an allowance. In his will, Mr. Barnett had left a life interest in his estate to the appellant. Ms. Gruenke testified that she considered Mr. Barnett to be a "surrogate father". At one point, Ms. Gruenke and the victim had lived together in a platonic relationship; however, she moved back to her mother's home after Mr. Barnett began to express jealousy over her relationships with men and to make unwelcome sexual advances toward her. After she moved home, Mr. Barnett would telephone her and visit her from time to time and his requests for sex became more and more insistent. Ms. Gruenke testified that she had become frightened of Mr. Barnett and did not want to be alone with him.

About the time Ms. Gruenke moved back home, she began to feel very ill and tired. She became convinced that she had leukemia (like her father) and

L'appelante et son coaccusé, M. Fosty, ont été déclarés coupables au procès et ont interjeté appel sans succès à la Cour d'appel du Manitoba. Mademoiselle Gruenke a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour; M. Fosty n'a pas formé de pourvoi devant nous.

La présente affaire exige que la Cour examine si l'existence d'un privilège *prima facie* de common law relatif à des communications de nature religieuse devrait être reconnu ou si des demandes de privilège pour de telles communications devraient être traitées selon les circonstances de chaque cas. On a également demandé à la Cour d'examiner l'effet de la garantie constitutionnelle de la liberté de conscience et de religion sur ces questions.

Les faits

L'appelante, une femme de 22 ans (au moment de l'incident), avait reçu une formation en réflexologie (la réflexologie est une forme de thérapie comme l'acupuncture). La victime, Philip Barnett, était un client de M^{lle} Gruenke, âgé de 82 ans, qui s'était lié d'amitié avec celle-ci et sa mère (le père de l'appelante est mort de leucémie lorsqu'elle était âgée de 15 ans). Monsieur Barnett a prêté de l'argent à M^{lle} Gruenke pour qu'elle lance sa propre entreprise de réflexologie et il lui a fourni une voiture et une allocation. Dans son testament, M. Barnett avait prévu que l'appelante aurait un droit viager dans sa succession. Mademoiselle Gruenke a témoigné qu'elle considérait M. Barnett comme un [TRADUCTION] «père nourricier». À un certain moment, M^{lle} Gruenke et la victime ont vécu ensemble dans une relation platonique; toutefois, elle est revenue chez sa mère après que M. Barnett eut commencé à être jaloux de ses fréquentations masculines et à lui faire des avances sexuelles importunes. Après qu'elle fut retournée à la maison, M. Barnett lui a téléphoné et lui a rendu visite à l'occasion et ses demandes de rapports sexuels se sont faites de plus en plus insistantes. Mademoiselle Gruenke a témoigné qu'elle avait commencé à avoir peur de M. Barnett et qu'elle ne voulait pas être seule avec lui.

Au moment où M^{lle} Gruenke est revenue à la maison, elle a commencé à se sentir très malade et fatiguée. Elle est devenue convaincue qu'elle avait la

began attending the Victorious Faith Centre (a born-again Christian Church) with the hope of receiving both physical and emotional healing. The church pastor, Ms. Harmony Thiessen, assigned a counsellor, Ms. Janine Frovich, to work with the appellant.

On November 28, 1986, Mr. Barnett telephoned Ms. Gruenke, again asking her to have sex with him, and insisted that he was coming over to see her. The appellant testified that she was frightened and asked her boyfriend (the co-accused) Mr. Fosty, to come over and wait outside in his car in case she needed him. Mr. Barnett arrived and Ms. Gruenke sat in his car and talked to him. According to Ms. Gruenke, Mr. Barnett suddenly pulled out of the driveway and drove off, saying that he had done a great deal for her and it was time for her to "repay his kindness". She said she attempted to jump out of the car while it was moving and a struggle ensued; eventually Mr. Barnett stopped the car. Ms. Gruenke testified that she struck Mr. Barnett with a piece of wood which was in the car and then the struggle continued outside with her and Mr. Barnett wrestling on the ground. She says then she saw Mr. Fosty's feet approaching, but could not recall much past this point, other than that she saw Mr. Barnett covered in blood before she and Mr. Fosty drove away. Later she remembered washing the car and going to a hotel with Mr. Fosty.

The testimony at trial revealed that the victim had been found in the front seat of his car which was in a ditch off the highway, not far from Ms. Gruenke's home. The victim's head had been severely battered with a heavy, blunt instrument consistent with a nail puller which Mr. Fosty had owned and had sold on the evening the victim was murdered. There was other physical evidence connecting Mr. Fosty and the appellant to the murder. Mr. Fosty did not testify at the trial, but the theory of the defence was that Mr. Fosty had killed Mr. Barnett in the course of defending Ms. Gruenke and that she had had little or nothing to do with the victim's death. The theory of the Crown was that Ms. Gruenke had enlisted the aid of Mr. Fosty in planning and committing the murder of

leucémie (comme son père) et a commencé à se rendre au Victorious Faith Centre (une Église chrétienne régénérée) dans l'espoir de recevoir une guérison physique et émotionnelle. Le pasteur de l'Église, M^{me} Harmony Thiessen a demandé à une conseillère, M^{me} Janine Frovich, de travailler avec l'appelante.

Le 28 novembre 1986, M. Barnett a téléphoné à M^{lle} Gruenke pour lui demander encore une fois d'avoir des rapports sexuels avec lui et a insisté pour aller lui rendre visite. L'appelante a témoigné qu'elle était effrayée et a demandé à son ami (le coaccusé) M. Fosty de venir et d'attendre à l'extérieur dans sa voiture au cas où elle aurait besoin d'aide. Monsieur Barnett est arrivé et M^{lle} Gruenke s'est assise dans sa voiture et lui a parlé. Selon M^{lle} Gruenke, M. Barnett a soudainement fait reculer sa voiture hors de l'entrée et a démarré. Il a dit qu'il avait fait beaucoup pour elle et qu'il était temps qu'elle le [TRADUCTION] «récompense de sa gentillesse». Elle a dit qu'elle a tenté de sauter hors de la voiture en marche ce qui a entraîné une bagarre; M. Barnett a finalement immobilisé la voiture. Mademoiselle Gruenke a témoigné avoir frappé M. Barnett avec un morceau de bois qui se trouvait dans la voiture et ensuite la bagarre s'est poursuivie à l'extérieur par terre. Elle a dit qu'elle a ensuite aperçu les pieds de M. Fosty qui s'approchait et, à partir de ce moment-là, tout ce dont elle se souvient, c'est d'avoir aperçu M. Barnett couvert de sang avant que M. Fosty et elle-même ne partent en voiture. Elle s'est souvenue avoir, plus tard, lavé l'auto et être allée à l'hôtel avec M. Fosty.

Selon les témoignages rendus au procès, la victime a été trouvée sur la banquette avant de sa voiture qui se trouvait dans un fossé sur le bord de la route, à faible distance de la maison de M^{lle} Gruenke. La victime avait été frappée violemment à la tête au moyen d'un lourd instrument contondant qui correspond à un arrache-clou qui avait appartenu à M. Fosty et qu'il avait vendu le soir du meurtre. Il y avait d'autres éléments de preuve matérielle liant M. Fosty et l'appelante au meurtre. Monsieur Fosty n'a pas déposé au procès mais, selon la théorie de la défense, M. Fosty aurait tué M. Barnett pour défendre M^{lle} Gruenke qui n'avait peu ou rien à voir avec le décès de la victime. La théorie du ministère public était que M^{lle} Gruenke avait demandé l'aide de

Mr. Barnett both to stop his sexual harassment of Ms. Gruenke and to benefit from the provisions of his will.

The evidence of Harmony Thiessen (the pastor) and Janine Frovich (the counsellor), which was ruled admissible by the trial judge, directly supported the Crown's theory. The communications between the appellant, Pastor Thiessen and Ms. Frovich took place two days after Mr. Barnett's death. Ms. Frovich went to visit the appellant at her home after hearing of Mr. Barnett's death. After the appellant began to speak of her involvement in the murder, she and Ms. Frovich moved to the Frovich home, where there was a more "peaceful atmosphere", and Ms. Frovich telephoned Pastor Thiessen. The appellant and Ms. Frovich then met Pastor Thiessen at the church, where the discussion continued. Later, the appellant went home with Ms. Frovich and Mr. Fosty came by. I have reproduced the significant portions of this evidence below:

Pastor Thiessen:

Q: When you asked what this was all about, what did Ms. Gruenke tell you?

A: Well, she said that someone had been killed. That is the way it was put to me.

. . .

Q: Did you put another question to clarify what she had been speaking about? Did you ask her what she meant?

A: Yes.

Q: What did she say to that?

A: She said that she had killed this person, this older gentleman.

Q: Did she give this older gentleman a name?

A: Phil.

. . .

Q: And what did she tell you?

M. Fosty pour planifier et commettre le meurtre de M. Barnett à la fois pour mettre fin à son harcèlement sexuel et pour bénéficier des dispositions du testament de ce dernier.

a

Les témoignages de Harmony Thiessen (le pasteur) et de Janine Frovich (la conseillère), qui ont été jugés recevables par le juge du procès, appuyaient directement la théorie du ministère public. Les communications entre l'appelante, le pasteur Thiessen et M^{me} Frovich ont eu lieu deux jours après le décès de M. Barnett. Madame Frovich est allée rendre visite à l'appelante chez elle après avoir appris le décès de M. Barnett. Après que l'appelante eut commencé à parler de son implication dans le meurtre, elle s'est rendue avec M^{me} Frovich à la maison de cette dernière où il régnait une «atmosphère plus paisible» et M^{me} Frovich a téléphoné au pasteur Thiessen. L'appelante et M^{me} Frovich ont ensuite rencontré le pasteur Thiessen à l'église où la discussion s'est poursuivie. Plus tard, l'appelante est allée à la maison avec M^{me} Frovich et M. Fosty est arrivé. Voici les parties importantes de ce témoignage:

b

c

d

e

Le pasteur Thiessen:

[TRADUCTION]

f

Q: Lorsque vous avez demandé de quoi il s'agissait, qu'est-ce que M^{lle} Gruenke vous a dit?

R: Eh bien, elle a dit que quelqu'un avait été tué. C'est ainsi qu'elle me l'a dit.

g

. . .

Q: Avez-vous posé une autre question pour préciser de quoi elle parlait? Lui avez-vous demandé ce qu'elle voulait dire?

h

R: Oui.

Q: Qu'a-t-elle répondu?

R: Elle a dit qu'elle avait tué cette personne, ce vieux monsieur.

i

Q: A-t-elle nommé ce vieux monsieur?

R: Phil.

j

. . .

Q: Et que vous a-t-elle dit?

A: She said that her and - she went to pick up this old man, Phil, and that they went for a drive and that when they got to wherever, and I never asked her that detail, where it was, that she - she beat him up.

R: Elle a dit qu'elle et - elle est allée chercher ce vieil homme, Phil, et qu'ils sont allés faire une promenade en voiture et qu'arrivés à destination, et je ne lui ai jamais demandé de préciser où se trouvait cet endroit, c'est là qu'elle - elle l'a battu.

A: She told me that she had planned this. She thought about it. She went to pick him up. She went to pick him up to kill him.

R: Elle m'a dit qu'elle avait planifié cela. Elle y avait pensé. Elle est allée le chercher. Elle est allée le chercher pour le tuer.

Q: Did she tell you why she said that?

Q: Vous a-t-elle dit pourquoi elle a affirmé cela?

A: Because she was so angry with him.

R: Parce qu'elle était si fâchée contre lui.

Q: For what reason?

Q: Pour quelle raison?

A: She told me that she had leukemia, that she believe [sic] she was dying, that Phil provided income for her and bought her treatment and whatnot to take care of it, that in exchange for that he was wanting sexual favours from her. We didn't really go into what detail and that it had gone on for some time. When it had first started it was no big deal. They were friends, but as time went on he got to be something that she just hated. She felt manipulated by him.

R: Elle m'a dit qu'elle avait la leucémie, qu'elle croyait qu'elle allait mourir, que Phil lui avait procuré un revenu et lui avait acheté des médicaments et les choses nécessaires pour la soigner et il voulait qu'elle lui accorde en échange des faveurs sexuelles. Nous ne sommes pas vraiment entrés dans les détails et elle m'a dit que cela durait depuis un certain temps. Au départ, ce n'était pas bien grave. Ils étaient simplement amis, mais avec le temps il a adopté un comportement qu'elle détestait simplement. Elle se sentait manipulée par lui.

Q: So she said then she planned to kill him.

Q: Alors elle a dit qu'elle avait planifié de le tuer.

A: Right.

R: C'est exact.

Ms. Frovich:

Madame Frovich:

Q: When I say "alone", you had an opportunity to speak to Miss Gruenke by yourself.

Q: Lorsque je dis «seule», vous avez eu vous-même l'occasion de parler à M^{lle} Gruenke.

A: Yes, that's right.

R: Oui, c'est exact.

Q: How did that conversation begin. What started the session.

Q: De quelle façon cette conversation a-t-elle commencée? Qu'est-ce qui a lancé la discussion?

A: There's lots of tension. I had made her something to eat because it was a concern of her mum that she have some nourishment, and after I fed the family they went downstairs to play and Adele [Gruenke] approached me about, what if someone had committed murder, could God forgive that. And, what if someone had committed murder, would they go to Hell. And I had this feeling, inside, that she was leading to something. So after a few of these "what if's" I said to her, what are you trying to tell me, Adele. And, she started weeping, and she told me, I killed Phil.

R: Il y avait beaucoup de tension. Je lui avais préparé quelque chose à manger parce que sa mère voulait qu'elle mange quelque chose et après que j'eus nourri la famille, ils sont descendus pour jouer et Adele [Gruenke] m'a demandé si une personne qui avait commis un meurtre pouvait être pardonnée par Dieu. Et, si quelqu'un avait commis un meurtre, irait-il en enfer? J'avais cette impression, à l'intérieur, qu'elle voulait en venir à quelque chose. Alors après quelques «qu'arrive-t-il si?», je lui ai demandé qu'est-ce que tu essaies de me dire, Adele. Elle s'est mise à pleurer et m'a dit, j'ai tué Phil.

- A: Pastor Harmony specifically asked her, does it look that bad.
- Q: Is that when Miss Gruenke told you what had happened.
- A: That's right.
- Q: What did you [*sic*] say had happened.
- A: That she had beat Phil so badly and Pastor Harmony said, well, how badly; And she said, so badly that his guts were hanging out of his head and there was blood all over.
- Q: Did she say at that time what she used.
- A: No. I know it was a weapon of some sort in the car at that time but she didn't specifically say what she used then.
- Q: So while you were trying to determine how awful this was, this is when you learned about the injuries that Adele said she had inflicted.
- A: That's right, and Pastor Harmony made a comment that she was asking [*sic*] her, what made you think you could get away with this. Adele said she had it preplanned to be looking like a robbery; and Pastor Harmony said, well you are not a professional.
-
- Q: Now she spoke of this business of needing money and fear of dying and the sexual harassment, I suppose is the word, did she say anything further about how she came to do this.
- A: She had made a date with Phil and they were going to go on—she took him out of the city limits and so it would look like a robbery.
-
- Q: Now, when you got home, was your husband there.
- A: Yes, he was there.
- Q: And did the three of you again continue this discussion.
- A: Yes, we did. Adele made a comment that she would like to phone Jim Fosty because she felt that he needed to know that she was going to tell everybody the truth because they had made a prearrangement that if she got caught she would not implement [*sic*]
- R: Le pasteur Harmony lui a précisément demandé est-ce si pire.
- Q: Est-ce à ce moment que M^{lle} Gruenke vous a dit ce qui c'était produit?
- R: C'est exact.
- Q: Qu'a-t-elle dit au sujet des événements?
- R: Qu'elle avait battu Phil tellement fort et le pasteur Harmony a demandé, bien, comment fort, et elle a dit, tellement fort que la cervelle lui sortait de la tête et il y avait du sang partout.
- Q: A-t-elle dit alors ce qu'elle avait utilisé?
- R: Non. Je sais qu'il s'agissait d'une arme quelconque qui se trouvait dans la voiture à ce moment-là, mais elle ne m'a pas dit précisément ce qu'elle avait utilisé.
- Q: Alors pendant que vous tentiez de déterminer la gravité de cet acte, c'est à ce moment-là que vous avez été mise au courant des blessures qu'Adele disait avoir infligées.
- R: C'est exact et le pasteur Harmony a fait remarquer qu'elle lui avait demandé comment elle avait pu penser s'en tirer. Adele a dit que cela avait été planifié pour ressembler à un vol et le pasteur Harmony a dit, bien, vous n'êtes pas une professionnelle.
-
- Q: Ensuite, elle a parlé de cette affaire de besoin d'argent et de peur de mourir et du harcèlement sexuel, je suppose que c'est le terme exact, a-t-elle dit autre chose sur ce qui l'a poussé à agir ainsi?
- R: Elle avait donné rendez-vous à Phil et ils devaient aller — elle l'a emmené hors de la ville pour que cela ressemble à un vol.
-
- Q: Maintenant, lorsque vous êtes revenue à la maison est-ce que votre mari s'y trouvait?
- R: Oui, il y était.
- Q: Et avez-vous tous les trois poursuivi cette discussion?
- R: Oui. Adele a fait remarquer qu'elle aimerait téléphoner à Jim Fosty parce qu'elle était d'avis qu'il devait savoir qu'elle allait dire la vérité à tout le monde parce qu'ils avaient convenu que si elle se faisait prendre, elle ne le dénoncerait pas, alors elle estimait

him, so she felt he should know she was going to confess everything to the lawyer the next day so she asked if we would allow him to come into our home, and we said, sure.

. . .

Q: So you got yourselves ready for the evening, for the night, prepared a bed for her.

A: Hmm mm (yes).

Q: And Mr. Fosty appeared.

A: That's right.

. . .

A: He was very visibly upset. He seemed very warm and friendly with us, and very open, and he made a comment that this was a stupid plan and he wished he had never gone along with it.

. . .

Q: You and Adele retired to your bedroom.

A: That's right.

Q: In the bedroom did the subject of the death of Phil Barnett come up again.

A: Yes, it did.

Q: And what did Miss Gruenke had [*sic*] to say about that.

A: She felt very guilty about Jim's [Fosty] involvement in it. That she had to get him involved. And, she was very upset. She felt like she betrayed him by having to tell the truth but she also wanted him to have the opportunity to say the truth so he could have that feeling of no guilt, and she made a comment that he—that Jim had also hit Phil and she looked a little upset that she had told me that. She said, I shouldn't have said that to you.

. . .

Q: Now during this period of time, you are alone after Mr. Fosty had made his comments to you and your husband, did she discuss any further what brought her to do this, or how she had come to do it, or when she decided to do it.

A: She said that she knew it had to be done by no later than Friday because - she didn't say why it had to be,

qu'il devait savoir qu'elle allait tout avouer à l'avocat le lendemain, et elle a demandé si on lui permettrait de venir chez nous et nous avons dit, certainement.

. . .

Q: Alors vous vous êtes préparées pour la soirée, pour la nuit, et vous lui avez préparé un lit.

R: Hmm mm (oui).

Q: Et M. Fosty est arrivé.

R: C'est exact.

. . .

R: Il était visiblement très bouleversé. Il a semblé très chaleureux et amical avec nous et très ouvert et il a dit qu'il s'agissait d'un plan stupide et qu'il n'aurait jamais dû le mettre à exécution.

. . .

Q: Adele et vous êtes allées dans votre chambre à coucher.

R: C'est exact.

Q: Dans la chambre à coucher, avez-vous parlé de nouveau de la mort de Phil Barnett?

R: Oui, nous l'avons fait.

Q: Et qu'est-ce que M^{lle} Gruenke a dit à ce sujet?

R: Elle se sentait très coupable à l'égard de l'implication de Jim [Fosty]. Qu'elle avait dû l'impliquer. Et elle était très bouleversée. Elle estimait qu'elle l'avait trahi en étant obligé de dire la vérité, mais elle voulait également qu'il ait l'occasion de dire la vérité pour qu'il ne ressente plus de culpabilité et elle a fait remarquer qu'il — que Jim avait également frappé Phil et elle a semblé quelque peu bouleversée de me l'avoir dit. Elle a dit, je n'aurais pas dû vous dire cela.

. . .

Q: Maintenant, pendant ce temps, vous êtes seules après que M. Fosty a fait ses observations à vous et votre mari, a-t-elle précisé ce qui l'avait poussée à agir ainsi ou comment elle en était venue à le faire ou quand elle avait décidé de le faire?

R: Elle a dit qu'elle savait que cela devait être fait au plus tard le vendredi parce que - elle n'a pas dit pour-

but she was desperate. She said she had to have it done by Friday, and that she was thinking of various ways throughout the week to commit this murder.

And, she gave an example that she was thinking of different ways of murdering him. One was a drowning in the bathtub, but she though [*sic*] that might incriminate her more because her pictures are all over his apartment and she wasn't sure how she was going to dispose of the body, so she planned this one.

At the conclusion of the trial, the jury deliberated for five hours and returned a verdict of guilty of first degree murder for both accused. Both accused appealed unsuccessfully to the Manitoba Court of Appeal. Ms. Gruenke was granted leave to appeal to this Court on June 29, 1989.

Judgments Below

Manitoba Court of Queen's Bench (Krindle J., October 16, 1987 unreported)

1. Motion to Exclude Evidence

During the course of the trial, counsel for the appellant made a motion to have the prospective testimony of Pastor Thiessen and Janine Frovich excluded on the grounds that it constituted inadmissible privileged communications both under the common law and s. 2(a) of the *Charter*. Counsel did not request that a formal *voir dire* be held and none was held (although the motion was heard in the absence of the jury). The trial judge relied on the transcript of the Preliminary Inquiry and on the submissions of counsel.

Krindle J., relying on *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, held that there was no recognized class privilege accorded to priest and penitent relationships in Canada and, therefore, no *prima facie* entitlement to privilege. She stated that while it was not her preferred approach, she was bound to determine the admissibility of such communications on a case-by-case basis. Accordingly, she held that the evidence

quoi, mais elle était désespérée. Elle a dit qu'elle devait le faire au plus tard le vendredi et que, pendant la semaine, elle avait pensé à diverses manières de commettre ce meurtre.

Et, elle a donné un exemple des manières dont elle avait pensé de le tuer. L'une était par noyade dans le bain, mais elle croyait que cela pourrait l'incriminer parce qu'il y avait des photos d'elle partout dans son appartement et elle n'était pas certaine de la façon dont elle allait se débarrasser du corps, alors elle a planifié cette manière-ci.

À la fin du procès, le jury a délibéré pendant cinq heures et a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré à l'égard des deux accusés. Les deux accusés ont interjeté appel sans succès à la Cour d'appel du Manitoba. Mademoiselle Gruenke a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour le 29 juin 1989.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Cour du Banc de la Reine du Manitoba (le juge Krindle, 16 octobre 1987, inédit)

1. Requête visant à exclure des éléments de preuve

Au cours du procès, l'avocat de l'appelante a présenté une requête pour que les témoignages éventuels du pasteur Thiessen et de Janine Frovich soient exclus pour le motif qu'il s'agissait de communications privilégiées inadmissibles aux termes de la common law et de l'al. 2a) de la *Charte*. L'avocat n'a pas demandé la tenue d'un *voir-dire* formel et il n'y en a pas eu (bien que la requête ait été entendue en l'absence du jury). Le juge du procès s'est fondée sur la transcription de l'enquête préliminaire et sur les arguments de l'avocat.

Se fondant sur l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, le juge Krindle a conclu qu'il n'y avait pas de privilège générique accordé au secret de la confession au Canada et, par conséquent, qu'il n'y avait pas, à première vue, droit à un privilège. Elle a dit que, même s'il ne s'agissait pas de sa position préférée, elle était tenue de déterminer la recevabilité de ces communications en fonction de chaque cas. En conséquence,

was admissible in this case based on the following reasons:

- The communications between the appellant and Ms. Frovich were not protected by any privilege because Ms. Frovich would not "qualify" as a priest as she was not an ordained Minister and was more akin to a social worker.

- The communications to Pastor Thiessen had already been revealed to the police and during the Preliminary Inquiry. "So, we are not talking about things becoming public that once were secret".

- Confidentiality of communications was not necessary to the operation of the Victorious Faith Church in the same way that it is to a priest in a confession. Rather, confidentiality was simply a means to effective "social working".

- The requirement that the witnesses testify as to what the appellant had told them did not interfere with the appellant's freedom of religion (or with others' freedom of religion). People would not be stopped from going to the Victorious Faith Center and were free to worship as they chose.

- The evidence to be gained was highly critical and could not have been obtained otherwise.

- The criminal charge in issue was the most serious known to law.

2. Jury Charge

Given that one of the grounds of appeal is that the jury charge was unfair, I will briefly describe certain relevant portions of Krindle J.'s charge to the jury.

In commenting on the evidence of a defence psychiatrist, Dr. Shane, who had questioned the appellant about her involvement in the murder under hypnosis and sodium amytal, Krindle J. (presumably referring to Dr. Shane's statement that he was impressed with Ms. Gruenke's credibility under hypnosis) stated:

Dr. Shane is qualified to offer opinions in the realm of psychiatric medicine. He is not a lie detector machine. He is not an expert on who is telling the truth.

elle a conclu que les témoignages étaient recevables dans cette affaire pour les motifs suivants:

- Les communications entre l'appelante et M^{me} Frovich n'étaient pas protégées par un privilège parce que cette dernière n'avait pas les «qualifications nécessaires» pour être prêtre puisqu'elle n'avait pas été ordonnée pasteur et qu'elle s'apparentait davantage à une travailleuse sociale.

- Les communications faites au pasteur Thiessen avaient déjà été révélées aux policiers et au cours de l'enquête préliminaire. [TRADUCTION] «Ainsi, nous ne parlons pas de choses secrètes qui deviennent publiques».

- Le caractère confidentiel des communications n'était pas nécessaire à l'exploitation de la Victorious Faith Church de la même manière que pour un prêtre lors d'une confession. Plutôt, le caractère confidentiel constituait simplement un moyen d'effectuer du «travail social» efficace.

- L'exigence voulant que les témoins déposent sur ce que l'appelante leur avait dit ne portait pas atteinte à la liberté de religion de l'appelante (ni à la liberté de religion d'autrui). Les gens ne seraient pas empêchés d'aller au Victorious Faith Center et seraient libres de pratiquer à leur gré.

- L'élément de preuve qui aurait été obtenu était très crucial et n'aurait pu être obtenu autrement.

- L'accusation criminelle visée était la plus grave selon la loi.

2. Exposé au jury

Étant donné que l'un des moyens d'appel portait que l'exposé au jury était inéquitable, je vais décrire brièvement certaines parties pertinentes des directives du juge Krindle au jury.

Dans ses commentaires sur le témoignage d'un psychiatre de la défense, le D^r Shane, qui a interrogé l'appelante sur son implication dans le meurtre, alors qu'elle était sous hypnose et sous l'effet de l'amytal sodique, le juge Krindle (qui faisait présumément allusion à la déclaration du D^r Shane selon lequel il était impressionné par la crédibilité de M^{lle} Gruenke sous hypnose) a dit:

[TRADUCTION] Le D^r Shane est compétent pour donner des opinions dans le domaine de la médecine psychiatrique. Il n'est pas un détecteur de mensonges. Il

He should not have commented before you on his opinion on credibility. He has no expertise in that area. I ask you to disregard any comments he may have made in that connection.

In reviewing the evidence of Pastor Thiessen and Ms. Frovich, Krindle J. highlighted the fact that Ms. Gruenke had not specifically denied having stated that she had considered killing Mr. Barnett by drowning him, despite the fact that she had not been asked about this either in direct or cross-examination.

In stating the theory of the Crown, Krindle J. made the following comments regarding the evidence of planning and deliberation:

I think you have to wonder and pay attention to the problem of what Fosty was doing sitting hidden in a car down the block. That strikes me as being an important piece of evidence when you are stopping to think about were people planning to do anything. Was there a plan. The Defense suggests that Fosty was sitting outside down the block in his car because Gruenke was frightened and was anticipating trouble. Gruenke herself says that her brother was home. She also says that she did not expect Phil [Barnett] to drive away with her in the car. As an aside to that, that is not consistent with what the women from the church recall her saying on that Sunday night. They say she told them, she asked Phil to go for a ride ostensibly to discuss their sexual problems but actually to get him out of town to kill him. In any event get him back to the car sitting down the block.

According to Gruenke she was shocked when Phil drove away with her in the car. She also says, however, that she expected Fosty to follow. I have a problem with it. If Gruenke was expecting to go nowhere with Phil why would she have Fosty parked in the car down the block. If she anticipated needing his help she would either need it at home or she needed it in her driveway. Why hide Fosty in a car some distance away. Why hide Fosty at all for that matter. Put him in the livingroom or in clear view if you think you are going to need help. I've tried to understand the Defense's position on why Fosty was hidden in a car down the block and I'm afraid I don't understand it. You heard the witness. You heard

n'est pas un expert pour déterminer qui dit la vérité. Il n'aurait pas dû faire d'observations devant vous sur son opinion quant à la crédibilité. Il n'a aucune expertise dans ce domaine. Je vous demande de ne pas tenir compte des observations qu'il peut avoir faites à cet égard.

Dans l'examen des témoignages du pasteur Thiessen et de M^{me} Frovich, le juge Krindle a souligné le fait que M^{lle} Gruenke n'avait pas précisément nié avoir dit qu'elle avait envisagé de noyer M. Barnett, malgré qu'on ne le lui ait pas demandé en interrogatoire ou en contre-interrogatoire.

Lorsqu'elle a exposé la théorie du ministère public, le juge Krindle a fait les commentaires suivants concernant la preuve de la planification et du caractère délibéré:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que vous avez à songer et à prêter attention au problème de ce que faisait Fosty alors qu'il était assis et caché dans une voiture plus loin dans la rue. Je considère cela comme un élément de preuve important lorsque vous vous arrêtez pour vous demander si des personnes planifiaient quelque chose. Y avait-il un plan? La défense soutient que Fosty était assis dans sa voiture plus loin dans la rue parce que Gruenke était effrayée et prévoyait qu'elle aurait des ennuis. Gruenke elle-même a dit que son frère était à la maison. Elle a également dit qu'elle ne s'attendait pas à ce que Phil [Barnett] parte en voiture avec elle. À ce propos, cela ne correspond pas à ce que les femmes de l'Église se rappellent qu'elle leur a dit ce dimanche soir. Elles soutiennent qu'elle leur a dit, elle a demandé à Phil d'aller faire une promenade, apparemment pour discuter de leurs problèmes sexuels mais en réalité pour le faire sortir de la ville et le tuer. De toute façon, revenons au fait qu'il était assis dans la voiture plus loin dans la rue.

Selon Gruenke, elle a été secouée lorsque Phil est parti avec elle dans la voiture. Toutefois, elle a également dit qu'elle s'attendait à ce que Fosty les suive. Cela me pose un problème. Si Gruenke ne s'attendait pas à partir en voiture avec Phil pourquoi avait-elle demandé à Fosty de se stationner plus loin dans la rue. Si elle prévoyait avoir besoin de son aide, elle en aurait eu besoin à la maison ou dans son entrée. Pourquoi dissimuler Fosty dans une voiture à une certaine distance. Pourquoi cacher Fosty. Placez-le dans le salon ou bien en vue si vous croyez avoir besoin d'aide. J'ai tenté de comprendre la position de la défense quant à la raison pour laquelle Fosty était caché dans une voiture plus

her explanation. I leave it to you and to your common sense. Can you think of a reasonable explanation as to why Fosty would be hidden in a car down the block to protect the Accused Gruenke who says she didn't expect to be going anywhere with Phil. [Emphasis added.]

In regard to Mr. Fosty's claim to the defence of defence or protection of another under s. 37 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the trial judge stated:

Finally, yesterday, Mr. Wolch mentioned the possibility of self defense and in defense of another. The law clearly recognizes the right of a person to defend himself or defend someone in his charge but the law is equally clear that there has to be a proportionality between the threat defended against and the degree of force used to repel that threat. The degree of force here is so manifestly excessive that I am not putting the defense of self defense to you for your consideration.

Having removed this defence from the jury, Krindle J. did not go on to say that the explanation (i.e., protecting Ms. Gruenke) could still be considered by the jury in determining whether and to what extent she had been involved in the murder.

Manitoba Court of Appeal (1989), 55 Man. R. (2d) 289, per Twaddle J.A.

The Court of Appeal found the allegation that the trial judge had failed to charge the jury adequately and fairly to be without merit. The charge was, in the court's view, full and fair as it affected the appellant. In this respect, Twaddle J.A. remarked that "[n]o doubt the charge was prejudicial to her, in the sense that it harmed her case, but no more so than was the inevitable result of any objective review of the evidence".

Turning to the issue of the admissibility of the communications between the appellant, Pastor Thiessen and Janine Frovich, the court held that s. 2(a) of the *Charter* did not give rise to a new class of *prima facie* privileged communications which did not exist

loin dans la rue et j'ai bien peur de ne pas la comprendre. Vous avez entendu le témoin. Vous avez entendu son explication. Je m'en remets à vous et à votre bon sens. Pouvez-vous imaginer une explication raisonnable au fait que Fosty soit dissimulé dans une voiture plus loin dans la rue pour protéger l'accusée Gruenke qui dit qu'elle ne s'attendait pas à partir avec Phil. [Je souligne.]

Quant au moyen de défense de M. Fosty, fondé sur la défense ou la protection d'une autre personne aux termes de l'art. 37 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Finalement, hier, M^e Wolch a mentionné la possibilité de la légitime défense et de la défense d'une autre personne. La loi reconnaît clairement le droit d'une personne de se défendre elle-même ou de défendre quelqu'un sous sa garde, mais la loi stipule aussi clairement qu'il doit y avoir un élément de proportionnalité entre la menace contre laquelle on se défend et le degré de la force utilisée pour repousser cette menace. En l'espèce, le degré de force est manifestement si excessif que je ne soumetts pas à votre examen le moyen de défense fondé sur la légitime défense.

Après avoir soustrait ce moyen de défense à l'examen du jury, le juge Krindle n'a pas dit que le jury pouvait encore tenir compte de l'explication (c.-à-d. la protection de M^{lle} Gruenke) pour déterminer si elle avait été impliquée dans le meurtre et dans quelle mesure.

Cour d'appel du Manitoba (1989), 55 Man. R. (2d) 289, le juge Twaddle

La Cour d'appel a conclu que l'argument selon lequel le juge du procès n'avait pas donné des directives adéquates et équitables au jury, était sans fondement. L'exposé était, de l'avis de la cour, complet et équitable relativement à l'appelante. À cet égard, le juge Twaddle a fait remarquer que [TRADUCTION] «[s]ans doute, l'exposé lui portait préjudice, en ce sens qu'il nuisait à ses arguments, mais pas plus que le résultat inévitable de tout examen objectif de la preuve».

Passant à la question de l'admissibilité des communications entre l'appelante, le pasteur Thiessen et Janine Frovich, la cour a conclu que l'al. 2a) de la *Charte* n'a pas donné naissance à une nouvelle catégorie de communications privilégiées à première vue

under the common law. The court relied on a statement of the Ontario Court of Appeal in *Re Church of Scientology, supra*, to the effect that while s. 2(a) may enhance a claim to privilege in a priest-penitent situation, its applicability would have to be determined on a case-by-case basis.

The court stated that the exclusion of relevant evidence could only be justified on grounds of public policy and that undue emphasis on particular categories such as: solicitor-client, state secrets, priest-penitent, etc., tends to shroud the real issue, which is whether there is a greater public interest in excluding the evidence than in admitting it. Given that the public interest in freedom of religion is clearly established by s. 2(a) of the *Charter*, it was the view of the court that in this case, the real issue was whether the admission of Ms. Gruenke's statements impinged upon her freedom of religion. The court stated that this was to be determined by considering the following questions: What is the religious practice? Was the confession made pursuant to that practice? What is the likely consequence of requiring disclosure on the individual's freedom of religion?

In considering these questions on the facts of the case at bar, Twaddle J.A. stated, at p. 299:

In the case at bar, I accept that the church to which the pastor and the counsellor belonged believed in the confession of sin. I also accept that the accused Gruenke was told that, if she told the truth, she would feel better spiritually as well as physically and emotionally. There is, however, no evidence of a church practice requiring that a confession be made in such circumstances. Nor is there evidence that the accused Gruenke made her confession pursuant to such a practice. There is nothing on the record which even suggests that the accused Gruenke's freedom of religion was impinged upon in any way by requiring the pastor and the counsellor to relate what was told to them by her on November 30, 1986. Indeed, the record suggests that the admissions were made by the accused Gruenke as much for her emotional comfort as for her spiritual well-being and that her religious belief required her to accept responsibility for her conduct. [Emphasis added.]

qui n'existait pas aux termes de la common law. La cour s'est fondée sur une déclaration de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Church of Scientology*, précité, selon laquelle bien que l'al. 2a) puisse mettre en valeur une demande de privilège dans le cas du secret de la confession, son applicabilité devrait être déterminée en fonction de chaque cas.

La cour a dit que l'exclusion d'éléments de preuve pertinents ne pouvait se justifier que par des motifs d'intérêt public et qu'une importance indue accordée à des catégories comme procureur-client, secrets d'État, confession, etc., ont tendance à masquer la véritable question qui est de savoir s'il est davantage dans l'intérêt public d'exclure l'élément de preuve que de l'admettre. Étant donné que l'intérêt public dans la liberté de religion est clairement établi par l'al. 2a) de la *Charte*, la cour était d'avis qu'en l'espèce la véritable question était de savoir si l'utilisation des déclarations de M^{lle} Gruenke portait atteinte à sa liberté de religion. La cour a dit que cette question devait être tranchée en examinant les questions suivantes: Qu'est-ce que la pratique religieuse? La confession a-t-elle été faite conformément à cette pratique? Quelle est la conséquence vraisemblable de l'exigence de communication sur la liberté de religion individuelle?

En examinant ces questions à la lumière des faits de l'espèce, le juge Twaddle a dit, à la p. 299:

[TRADUCTION] En l'espèce, j'admets que l'Église à laquelle appartenait le pasteur et la conseillère croyait dans la confession des péchés. J'admets également qu'on a dit à l'accusée Gruenke que, si elle disait la vérité, elle se sentirait mieux tant sur le plan spirituel que sur les plans physique et émotif. Toutefois, il n'y a aucune preuve de l'existence d'une pratique de l'Église qui exige une confession en pareilles circonstances. Il n'y a pas non plus de preuve que l'accusée Gruenke s'est confessée conformément à une telle pratique. Il n'y a rien au dossier qui donne même à entendre qu'il y a eu une atteinte quelconque à la liberté de religion de l'accusée Gruenke du fait qu'on a demandé au pasteur et à la conseillère de raconter ce qu'elle leur a dit le 30 novembre 1986. En fait, il ressort du dossier que les aveux ont été faits par l'accusée Gruenke pour son bien-être tant sur le plan émotif que spirituel, et que sa croyance religieuse l'obligeait à assumer la responsabilité de sa conduite. [Je souligne.]

The court also considered whether the communications would be privileged (and therefore inadmissible) under the “Wigmore test”, although Twaddle J.A. stated that he was not satisfied that the comments of Spence J. in *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, were intended as an acceptance of Wigmore’s principle for all purposes.

Given that the Wigmore criteria play a central role in this case, I will set out the “test” below for ease of reference (Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision, para. 2285):

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal held that not one of Wigmore’s four conditions had been met in this case. Although the pastor and the counsellor may each have believed that her relationship with the appellant was of a confidential nature, there was no evidence that the appellant made the admissions to them in the confident belief that they would be disclosed to no one. Confidentiality may have been a desired aspect of that relationship but it was not essential. The court was of the view that the relationship was not one “which community opinion requires to be fostered sedulously”, unlike the relationship between a catholic priest and his parishioners which was involved in the case of *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515. Twaddle J.A. added at p. 300 that “[n]or is the public interest in fostering [the relationship] so great as to require the exclusion of [the appellant’s] otherwise

La cour a également examiné la question de savoir si les communications seraient privilégiées (et, par conséquent, inadmissibles) aux termes du «critère de Wigmore», bien que le juge Twaddle ait dit qu’il n’était pas convaincu que les observations du juge Spence dans l’arrêt *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, représentaient une acceptation du principe de Wigmore dans tous les cas.

Étant donné que le critère de Wigmore joue un rôle crucial en l’espèce, je vais, par souci de commodité, en énoncer les éléments (Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision, par. 2285):

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le *caractère confidentiel doit être* un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être *entretenus* assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l’avantage* à retirer d’une juste décision. [En italique dans l’original.]

La Cour d’appel a conclu qu’aucune des quatre conditions posées par Wigmore n’avait été remplie en l’espèce. Bien que le pasteur et la conseillère puissent avoir cru que leurs rapports avec l’appelante étaient de nature confidentielle, il n’y a aucune preuve que l’appelante leur a fait des aveux confidentiellement avec l’assurance qu’ils ne seraient pas divulgués à qui que ce soit. Le caractère confidentiel peut avoir été un aspect souhaité de ces rapports, mais il n’était pas essentiel. La cour était d’avis qu’il ne s’agissait pas de rapports [TRADUCTION] «qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment», contrairement aux rapports entre un prêtre catholique et ses paroissiens dont il était question dans l’arrêt *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515. Le juge Twaddle a ajouté, à la p. 300, que [TRADUCTION] «[l]’intérêt public dans l’entretien des rapports n’est pas important au point d’exiger l’exclusion de déclarations normalement admissibles [de l’appelante] à

admissible statements as evidence on a charge of first degree murder”.

Turning to the issue of whether the trial judge ought to have held a *voir dire* to determine the admissibility of the communications, the court held that because the evidentiary burden is on the accused to establish facts giving rise to a privilege, the trial judge could not be faulted for not entering upon a *voir dire* without a request that she do so. Here, the defence seemed satisfied to let the trial judge decide the motion on the basis of the transcript from the preliminary inquiry and the arguments of counsel. The failure to hold a *voir dire* would only be significant if it resulted in a miscarriage of justice in the sense that the accused has been deprived of an opportunity to elicit facts germane to the issue. Such was not the case here.

Accordingly, the Manitoba Court of Appeal dismissed both accuseds' appeal from conviction.

Issues

1. Whether the Court of Appeal erred in failing to conclude that the conversations between the appellant and Pastor Thiessen and Janine Frovich, the church's lay counsellor, were protected by common law privilege such that disclosure ought not to have been compelled. f
2. Alternatively, whether these conversations were confidential communications the disclosure of which ought not to have been compelled in accordance with the principles accepted in *Slavutych v. Baker, supra*. g
3. Whether the Court of Appeal erred in failing to conclude that the absence of a *voir dire* to determine the admissibility of the conversations denied the appellant a fair trial. h
4. Whether the trial judge's charge to the jury unfairly diminished the case for the appellant in the eyes of the jury and thereby denied her a fair adjudication of the issues. i
5. Whether the trial judge erred when she stated her conclusion that, due to unreasonable or excessive force, the jury should not consider the co-accused's defence of 'defence of another person' without expressly cau- j

titre d'éléments de preuve dans une accusation de meurtre au premier degré».

Quant à la question de savoir si le juge du procès aurait dû tenir un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité des communications, la cour a conclu que parce qu'il incombait à l'accusé d'établir les faits donnant naissance à un privilège, le juge du procès ne pouvait pas être blâmée pour ne pas avoir tenu de *voir-dire* sans qu'on lui demande de le faire. En l'espèce, la défense a semblé satisfaite de laisser le juge du procès décider de la requête sur le fondement de la transcription de l'enquête préliminaire et des arguments des avocats. L'omission de tenir un *voir-dire* ne serait importante que si elle entraînait une erreur judiciaire en ce sens que l'accusé a été privé de l'occasion de mettre à jour des faits qui se rapportent à la question en litige. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

En conséquence, la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel interjeté par les deux accusés contre leur déclaration de culpabilité.

e Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas que les conversations entre l'appelante et le pasteur Thiessen et Janine Frovich, la conseillère laïque de l'Église, étaient protégées en vertu d'un privilège de common law de sorte que leur divulgation n'aurait pas dû être forcée?
2. Subsidiairement, ces conversations étaient-elles des communications confidentielles dont la divulgation n'aurait pas dû être forcée conformément aux principes acceptés dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, précité?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas que l'absence d'un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité des conversations a privé l'appelante d'un procès équitable?
4. L'exposé par le juge du procès au jury a-t-il réduit de façon injuste la valeur des arguments de l'appelante aux yeux du jury et l'a-t-elle ainsi empêché d'obtenir une décision équitable à l'égard des questions en litige?
5. Le juge du procès a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'en raison d'une force déraisonnable ou excessive, le jury ne devrait pas tenir compte du moyen de défense du coaccusé fondé sur la

tioning the jury that it should still consider in respect of the appellant the factual issue of whether the co-accused was acting to defend her, this being the central premise of the appellant's defence.

Analysis

Before delving into an analysis of the issues raised by this appeal, I think it is important to clarify the terminology being used in this case. The parties have tended to distinguish between two categories: a "blanket", *prima facie*, common law, or "class" privilege on the one hand, and a "case-by-case" privilege on the other. The first four terms are used to refer to a privilege which was recognized at common law and one for which there is a *prima facie* presumption of inadmissibility (once it has been established that the relationship fits within the class) unless the party urging admission can show why the communications should not be privileged (i.e., why they should be admitted into evidence as an exception to the general rule). Such communications are excluded not because the evidence is not relevant, but rather because, there are overriding policy reasons to exclude this relevant evidence. Solicitor-client communications appear to fall within this first category (see: *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353 and *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821). The term "case-by-case" privilege is used to refer to communications for which there is a *prima facie* assumption that they are not privileged (i.e., are admissible). The case-by-case analysis has generally involved an application of the "Wigmore test" (see above), which is a set of criteria for determining whether communications should be privileged (and therefore not admitted) in particular cases. In other words, the case-by-case analysis requires that the policy reasons for excluding otherwise relevant evidence be weighed in each particular case.

«défense d'une autre personne» sans mettre en garde expressément le jury qu'il devrait encore tenir compte à l'égard de l'appelante de la question factuelle de savoir si le coaccusé agissait pour la défendre, étant donné qu'il s'agissait du fondement de la défense de l'appelante?

Analyse

Avant de plonger dans une analyse des questions soulevées dans le présent pourvoi, j'estime qu'il est important de clarifier la terminologie utilisée en l'espèce. Les parties ont eu tendance à établir une distinction entre deux catégories: un privilège *prima facie* «général» de common law ou un privilège «générique», d'une part, et un privilège «fondé sur les circonstances de chaque cas», d'autre part. Les premiers termes sont utilisés pour désigner un privilège qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité (lorsqu'il a été établi que les rapports s'inscrivent dans la catégorie) à moins que la partie qui demande l'admission ne puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne devraient pas être privilégiées (c.-à-d., pour quelles raisons elles devraient être admises en preuve à titre d'exception à la règle générale). De telles communications sont exclues non pas parce que l'élément de preuve n'est pas pertinent, mais plutôt parce qu'il existe des raisons de principe prépondérantes d'exclure cet élément de preuve pertinent. Les communications entre un avocat et son client paraissent s'inscrire dans le cadre de cette première catégorie (voir: *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353 et *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821). L'expression privilège «fondé sur les circonstances de chaque cas» est utilisée pour viser des communications à l'égard desquelles il y a une présomption à première vue qu'elles ne sont pas privilégiées (c.-à-d. qu'elles sont admissibles). L'analyse de chaque cas a généralement comporté une application du «critère de Wigmore» (voir précédemment), qui constitue un ensemble des critères pour déterminer si des communications devraient être privilégiées (et, par conséquent, ne pas être admises) dans des cas particuliers. En d'autres termes, l'analyse de chaque cas exige que les raisons de principe d'exclure des éléments de preuve par ailleurs pertinents soient évaluées dans chaque cas particulier.

Throughout these reasons, I will be using the terms “class privilege” and *prima facie* privilege to refer to the first category of communications and will generally use the term “case-by-case privilege” to refer to the second category of communications. I should note that some writers tend to use the term “privileged communications” or “privilege” only in relation to communications which are class-based or *prima facie* inadmissible. I will be using the term “privilege” in relation to both types of communications.

The Motion to Exclude Evidence

The first two grounds of appeal (see above) require this Court to consider four basic questions:

- whether there is a common law, *prima facie* privilege for religious communications which would cover the communications involved in this case

- if not, whether such religious communications can be excluded in particular cases by applying the Wigmore criteria on a case by case basis

- if so, whether the communications in this case should have been excluded on the Wigmore criteria

- how the constitutional guarantee of freedom of religion affects the determination of the above questions

1. Common Law, *prima facie* Privilege

The parties to this appeal have (understandably) urged conflicting interpretations of pre-Reformation history on this Court, in order to support their respective positions on the existence of a common law, *prima facie* privilege for religious communications. In my opinion, the best that can be said of this material is that it is inconclusive with respect to this question. While the appellant may well be correct in pointing out that English and Canadian courts have not, as a matter of practice, compelled members of the clergy to disclose confidential religious communications, this does not answer the question of whether there is a legal common law privilege for

Dans les présents motifs, j'utiliserai les expressions «privilège générique» et privilège *prima facie* pour viser la première catégorie de communications et j'utiliserai généralement l'expression «privilège fondé sur les circonstances de chaque cas» pour viser la deuxième catégorie de communications. Il convient de souligner que certains auteurs ont tendance à utiliser l'expression «communications privilégiées» ou «privilège» seulement en ce qui a trait à des communications qui sont génériques ou qui sont inadmissibles à première vue. J'utiliserai l'expression «privilège» relativement à ces deux genres de communications.

c La requête visant à exclure des éléments de preuve

Les deux premiers moyens d'appel (voir précédemment) exigent que notre Cour examine quatre questions fondamentales:

- Y a-t-il un privilège *prima facie* de common law relativement à des communications religieuses qui viserait les communications dont il est question en l'espèce?

- Dans la négative, ces communications religieuses peuvent-elles être exclues dans certains cas particuliers par l'application du critère de Wigmore fondée sur les circonstances de chaque cas?

- Dans l'affirmative, les communications en l'espèce auraient-elles dû être exclues sur le fondement du critère de Wigmore?

- De quelle façon la garantie constitutionnelle de la liberté de religion a-t-elle un effet sur la manière de trancher les questions précédentes?

1. Le privilège *prima facie* de common law

Les parties au présent pourvoi ont (naturellement) présenté à notre Cour des interprétations contraires de l'histoire antérieure à la réforme pour appuyer leurs positions respectives sur l'existence d'un privilège *prima facie* de common law relativement aux communications religieuses. À mon avis, le mieux qu'on puisse dire à l'égard de ces arguments, c'est qu'ils ne sont pas concluants en ce qui a trait à cette question. Même s'il se peut bien que l'appelante ait raison de souligner que les tribunaux anglais et canadiens n'ont pas, en pratique, obligé les membres du clergé à divulguer des communications religieuses confidentielles, cela ne répond pas à la question de savoir s'il

religious communications. Furthermore, I cannot agree with the appellant that the existence of a limited statutory religious privilege in some jurisdictions (see: Québec's *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 9, and Newfoundland's *Evidence Act*, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6) indicates that a common law privilege exists. If anything, the fact that there is a statutory privilege in some jurisdictions indicates that the common law did not protect religious communications—thus necessitating the statutory protection.

In the end, the question of whether a *prima facie* privilege exists for religious communications is essentially one of policy. As Justice Wilson stated in *Geffen v. Goodman Estate*, *supra*, at p. 387:

Their [the respondent's] argument is reminiscent of earlier days when the "pigeon hole" approach to rules of evidence prevailed. Such, in my opinion, is no longer the case. The trend towards a more principled approach to admissibility questions has been embraced both here and abroad (see, for example, in Canada, *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608 (hearsay), and *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531 (hearsay), and in the United Kingdom, *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.) (similar fact)), a trend which I believe should be encouraged.

As I have mentioned, a *prima facie* privilege for religious communications would constitute an exception to the general principle that all relevant evidence is admissible. Unless it can be said that the policy reasons to support a class privilege for religious communications are as compelling as the policy reasons which underlay the class privilege for solicitor-client communications, there is no basis for departing from the fundamental "first principle" that all relevant evidence is admissible until proven otherwise.

In my view, the policy reasons which underlay the treatment of solicitor-client communications as a separate class from most other confidential communica-

existe un privilège juridique de common law en ce qui a trait aux communications religieuses. Qui plus est, je ne puis souscrire aux arguments de l'appelante que l'existence d'un privilège légal limité en matière religieuse dans certains ressorts (voir: *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, art. 9, et l'*Evidence Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6) indique l'existence d'un privilège de common law. Au mieux, le fait qu'il existe un privilège légal dans certains ressorts indique que la common law ne protégeait pas les communications religieuses — par conséquent, il était nécessaire d'avoir une protection légale.

Finalemment, la question de savoir s'il existe un privilège *prima facie* en ce qui a trait aux communications religieuses est essentiellement une question de principe. Comme le juge Wilson l'a dit dans l'arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, précité, à la p. 387:

Leur argument [celui des intimés] rappelle l'époque où la compartimentation était de mise au chapitre des règles de preuve. Or, il n'en est plus ainsi, à mon sens. La tendance à la rationalisation de la façon d'aborder les questions d'admissibilité peut être observée autant au pays qu'à l'étranger (voir, par exemple, au Canada, *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608 (oui-dire), et *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531 (oui-dire), et au Royaume-Uni, *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.) (fait similaire)); c'est une tendance qu'il y a lieu d'encourager, selon moi.

Comme je l'ai mentionné, un privilège *prima facie* en matière de communications religieuses constituerait une exception au principe général selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles. À moins que l'on puisse dire que les raisons de principe justifiant l'existence d'un privilège générique en matière de communications religieuses sont aussi sérieuses que les raisons de principe qui soutiennent le privilège générique en matière de communications entre l'avocat et son client, il n'y a aucun motif de s'écarter du «principe premier» fondamental selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles jusqu'à preuve du contraire.

À mon avis, les raisons de principe qui soutiennent le traitement des communications entre l'avocat et son client à titre de catégorie distincte de la plupart

tions, are not equally applicable to religious communications. The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication (see: *Geffen v. Goodman Estate, supra*, and *Solosky v. The Queen, supra*). In my view, religious communications, notwithstanding their social importance, are not inextricably linked with the justice system in the way that solicitor-client communications surely are.

While the value of freedom of religion, embodied in s. 2(a), will become significant in particular cases, I cannot agree with the appellant that this value must necessarily be recognized in the form of a *prima facie* privilege in order to give full effect to the *Charter* guarantee. The extent (if any) to which disclosure of communications will infringe on an individual's freedom of religion will depend on the particular circumstances involved, for example: the nature of the communication, the purpose for which it was made, the manner in which it was made, and the parties to the communication.

Having found no common law, *prima facie* privilege for religious communications, I will consider whether such communications can be excluded in particular cases by applying the Wigmore criteria on a case-by-case basis.

2. Case-by-Case Privilege

In *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, *supra*, the Ontario Court of Appeal recognized the existence of a "priest and penitent" privilege determined on a case-by-case basis, having regard to the Wigmore criteria. This approach is consistent with the approach taken by this Court in *Slavutych v. Baker, supra*, and is, in my view, consistent with a principled approach to the question which

des autres communications confidentielles ne s'appliquent pas également aux communications religieuses. La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée (voir: *Geffen c. Succession Goodman* et *Solosky c. La Reine*, précités). À mon avis, les communications religieuses, nonobstant leur importance sociale, ne sont pas inextricablement liées au système de justice de la même manière que le sont certainement les communications entre l'avocat et son client.

Bien que la valeur de la liberté de religion, consacrée à l'al. 2a), devienne importante dans certains cas, je ne puis convenir avec l'appelante que cette valeur doit nécessairement être reconnue sous la forme d'un privilège *prima facie* pour que la garantie prévue par la *Charte* s'applique pleinement. La mesure (le cas échéant) dans laquelle la divulgation des communications portera atteinte à la liberté de religion d'une personne dépendra des circonstances particulières en cause comme, par exemple, la nature de la communication, l'objet de celle-ci, la manière dont elle a été faite et les parties à celle-ci.

Ayant conclu qu'il n'y avait pas de privilège *prima facie* de common law en matière de communications religieuses, je vais examiner si ces communications peuvent être exclues dans certains cas par l'application du critère de Wigmore fondée sur les circonstances de chaque cas.

2. Privilège fondé sur les circonstances de chaque cas

Dans l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence d'un privilège du «secret de la confession» dont l'applicabilité est déterminée en fonction de chaque cas, eu égard au critère de Wigmore. Cette position est conforme à celle adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, précité, et est, à mon avis, conforme à une façon, fondée sur des

properly takes into account the particular circumstances of each case. This is not to say that the Wigmore criteria are now “carved in stone”, but rather that these considerations provide a general framework within which policy considerations and the requirements of fact-finding can be weighed and balanced on the basis of their relative importance in the particular case before the court. Nor does this preclude the identification of a new class on a principled basis.

Furthermore, a case-by-case analysis will allow courts to determine whether, in the particular circumstances, the individual’s freedom of religion will be imperilled by the admission of the evidence. As was stated in *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6), at p. 540:

Chief Justice Dickson stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 385, 18 D.L.R. (4th) 321, [1985] 1 S.C.R. 295, that the fundamental freedom of conscience and religion now enshrined in s. 2(a) of the Charter embraces not only the freedom of religious thought and belief but also “the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination”. This protection will no doubt strengthen the argument in favour of recognition of a priest-and-penitent privilege. The restrictive common law interpretation of the privilege may have to be reassessed to bring it in conformity with the constitutional freedom.

In our view, however, while s. 2 of the Charter enhances the claim that communications made in confidence to a priest or ordained minister should be afforded a privilege, its applicability must be determined on a case-by-case basis. The freedom is not absolute. [Emphasis added.]

The Wigmore criteria will be informed both by the Charter guarantee of freedom of religion and by the general interpretative statement in s. 27 of the Charter:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

principes, d’aborder la question qui tient compte, à bon droit, des circonstances particulières de chaque cas. Cela veut dire non pas que le critère de Wigmore est maintenant «gravé dans la pierre», mais plutôt que ces considérations constituent un cadre général à l’intérieur duquel des considérations de principe et les exigences en matière de recherche des faits peuvent être évaluées et comparées en fonction de leur importance relative dans l’affaire particulière soumise à la cour. Cela n’empêche pas non plus l’identification d’une nouvelle catégorie fondée sur des principes.

De plus, une analyse de chaque cas permettra aux tribunaux de déterminer si, dans les circonstances particulières, la liberté de religion d’une personne sera compromise par l’admission de la preuve. Comme il a été dit dans l’arrêt *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6), à la p. 540:

[TRADUCTION] Le juge en chef Dickson a dit dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 385, 18 D.L.R. (4th) 321, [1985] 1 R.C.S. 295, que la liberté fondamentale de conscience et de religion qui est maintenant consacrée à l’al. 2a) de la Charte comprend non seulement la liberté de pensée et de croyance en matière religieuse, mais également «le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation». Cette protection renforcera sans doute l’argument en faveur de la reconnaissance d’un privilège du secret de la confession. L’interprétation restrictive du privilège par la common law peut devoir être réévaluée afin de la rendre conforme à la liberté garantie par la Constitution.

Toutefois, à notre avis, bien que l’art. 2 de la Charte appuie l’argument selon lequel un privilège devrait être accordé quant aux communications confidentielles faites à un prêtre ou à un pasteur ordonné, son applicabilité doit être déterminée en fonction de chaque cas. La liberté n’est pas absolue. [Je souligne.]

Le critère de Wigmore s’inspirera à la fois de la liberté de religion garantie par la Charte et de la déclaration d’interprétation générale de l’art. 27 de la Charte:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l’objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

I note that in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, the majority adopted the following words in interpreting s. 2(a), at p. 336:

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*.

It is for this reason that I have, throughout these reasons, employed the general term "religious communications" in place of the more traditional term "priest-penitent communications". In applying the Wigmore criteria to particular cases, both s. 2(a) and s. 27 must be kept in mind. This means that the case-by-case analysis must begin with a "non-denominational" approach. The fact that the communications were not made to an ordained priest or minister or that they did not constitute a formal confession will not bar the possibility of the communications' being excluded. All of the relevant circumstances must be considered and the Wigmore criteria applied in a manner which is sensitive to the fact of Canada's multicultural heritage. This will be most important at the second and third stages of the Wigmore inquiry. In my view, such a case-by-case approach will avoid the problem of "pigeon-holing" referred to by Wilson J. in *Geffen v. Goodman Estate*, *supra*.

Having found that religious communications can be excluded in particular cases where the Wigmore criteria are satisfied, I turn now to the question of whether the communications involved in this case satisfy the Wigmore criteria.

Application of the Wigmore Criteria

In my opinion, a consideration of the Wigmore criteria and the facts of this case reveals that the communications between the appellant, Pastor Thiessen and Janine Frovich were properly admitted at trial.

In my view, these communications do not even satisfy the first requirement; namely, that they originate

Je souligne que, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, la Cour à la majorité a adopté les termes suivants pour interpréter l'al. 2a), à la p. 336:

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*.

C'est pour cette raison que j'ai, dans les présents motifs, utilisé l'expression générale «communications religieuses» au lieu de l'expression plus traditionnelle «communications faites sous le secret de la confession». Pour appliquer le critère de Wigmore à des cas particuliers, il faut garder à l'esprit l'al. 2a) et l'art. 27. Cela signifie que l'analyse de chaque cas doit commencer par l'adoption d'un point de vue «non confessionnel». Le fait que les communications n'ont pas été faites à un prêtre ou à un pasteur ordonné ou qu'elles ne constituaient pas une confession formelle n'écartera pas la possibilité de les exclure. Il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et le critère de Wigmore doit être appliqué d'une manière qui tient compte du patrimoine multiculturel du Canada. Ce sera plus important aux deuxième et troisième étapes de l'examen relatif au critère de Wigmore. À mon avis, une telle façon de procéder selon les circonstances de chaque cas aura pour effet d'éviter le problème de la «compartmentation» mentionné par le juge Wilson dans l'arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, précité.

Ayant conclu que les communications religieuses peuvent être exclues dans certains cas où l'on satisfait au critère de Wigmore, j'examine maintenant la question de savoir si les communications visées en l'espèce satisfont à ce critère.

Application du critère de Wigmore

À mon sens, il ressort d'un examen du critère de Wigmore et des faits de l'espèce que les communications entre l'appelante, le pasteur Thiessen et Janine Frovich ont été, à bon droit, admises au procès.

J'estime que ces communications ne satisfont même pas à la première condition, c'est-à-dire,

in a confidence that they will not be disclosed. Leaving aside the other components of the Wigmore test, it is absolutely crucial that the communications originate with an expectation of confidentiality (in order for those communications to be qualified as “privileged” and to thereby be excluded from evidence). Without this expectation of confidentiality, the *raison d’être* of the privilege is missing.

In the case at bar, there is evidence that Ms. Gruenke’s communications to Pastor Thiessen and Ms. Frovich did not originate in a confidence that they would not be disclosed. The testimony of Pastor Thiessen and Janine Frovich indicates that they were unclear as to whether they were expected to keep confidential what Ms. Gruenke had told them about her involvement in the murder. As was stated by Twaddle J.A. in the Court of Appeal judgment at p. 300, “there was no evidence that the accused Gruenke made her admissions to them in the confident belief that they would be disclosed to no one”. Ms. Gruenke did not approach Ms. Frovich and the Pastor on the basis that the communications were to be confidential. In fact, Ms. Frovich initiated the meeting and Ms. Gruenke testified that she saw no harm in speaking to Janine Frovich because she had already made up her mind to turn herself into the police and “take the blame”. In my view, the Court of Appeal accurately described these communications as being made more to relieve Ms. Gruenke’s emotional stress than for a religious or spiritual purpose. I note that my view is based on the parties’ statements and behaviour in relation to the communication and not on the lack of a formal practice of “confession” in the Victorious Faith Centre Church. While the existence of a formal practice of “confession” may well be a strong indication that the parties expected the communication to be confidential, the lack of such a formal practice is not, in and of itself, determinative.

The communications in question do not satisfy the first Wigmore criterion and their admission into evidence does not infringe Ms. Gruenke’s freedom of

qu’elles aient été transmises confidentiellement avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées. Si on laisse de côté les autres composantes du critère de Wigmore, il est absolument crucial que l’on s’attende à ce que les communications soient confidentielles (afin qu’elles puissent être qualifiées de «privilegiées» et ainsi être exclues de la preuve). Sans cette expectative de caractère confidentiel, le privilège n’a pas de raison d’être.

En l’espèce, il ressort de la preuve que les communications entre M^{lle} Gruenke et le pasteur Thiessen et M^{me} Frovich n’ont pas été transmises confidentiellement avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées. Les témoignages du pasteur Thiessen et de Janine Frovich indiquent qu’elles ne savaient pas très bien si l’on s’attendait à ce qu’elles gardent secret ce que M^{lle} Gruenke leur avait dit au sujet de son implication dans le meurtre. Comme l’a dit le juge Twaddle, à la p. 300 de l’arrêt de la Cour d’appel, [TRADUCTION] «il n’y avait aucune preuve que l’accusée Gruenke leur avait fait des aveux confidentiellement en croyant qu’elles ne les divulgueraient à personne». Mademoiselle Gruenke ne s’est pas adressée à M^{me} Frovich et au pasteur pour le motif que les communications devraient être confidentielles. En fait, M^{me} Frovich a amorcé le dialogue et M^{lle} Gruenke a témoigné qu’elle ne voyait aucun mal à parler à Janine Frovich parce qu’elle était déjà décidée à se livrer à la police et à [TRADUCTION] «assumer la responsabilité de l’affaire». À mon avis, la Cour d’appel a dit de façon précise que ces communications avaient été faites davantage pour soulager M^{lle} Gruenke de son stress émotionnel qu’à des fins religieuses ou spirituelles. Je souligne que mon opinion est fondée sur les déclarations et le comportement des parties relativement à la communication et non sur l’absence d’une pratique formelle de «confession» dans la Victorious Faith Centre Church. Bien que l’existence d’une pratique formelle de «confession» puisse bien indiquer fortement que les parties s’attendaient à ce que la communication soit confidentielle, l’absence d’une telle pratique formelle n’est pas, en soi, déterminante.

Les communications en question ne satisfont pas au premier critère de Wigmore et leur admission en preuve ne porte pas atteinte à la liberté de religion de

religion. As I have stated above, whether an individual's freedom of religion will be infringed by the admission of religious communications will depend on the particular facts of each case. In the case at bar, there is no such infringement.

I turn now to the third ground of appeal, whether the Court of Appeal erred in failing to conclude that the absence of a *voir dire* denied Ms. Gruenke a fair trial.

Failure to Hold a *Voir Dire*

I am of the view that Krindle J. essentially did hold a *voir dire* in the case at bar. While this was done informally and was not referred to as a *voir dire* by the trial judge, she did give counsel an opportunity to submit evidence and argument on the defence's motion for the exclusion of the evidence and she did so in the absence of the jury. Trial counsel for Ms. Gruenke did not ask to call any evidence and seemed completely satisfied to rely on the evidence given at the preliminary inquiry. In my view, it was the appellant who had the burden of establishing that the communications should be excluded on the basis of privilege—it was for Ms. Gruenke and her counsel to determine how best to discharge that burden. While the trial judge carries the ultimate responsibility for determining questions of admissibility, he or she is not required to do more than provide counsel with a reasonable opportunity to elicit evidence and give argument on these issues before making a ruling.

Thus, it is my view that Ms. Gruenke was not denied a fair trial by the trial judge's failure to hold a formal *voir dire* and by her decision to rule on the defence motion on the basis of argument and the testimony given at the preliminary inquiry.

At the same time, I think it useful to point out for the benefit of future cases that when an issue of privilege arises in the course of a trial, the issue may well be best determined within the sanctuary of a *voir dire*. Generally speaking, the trial judge will often be aided by a formal *voir dire* in which evidence can be

M^{lle} Gruenke. Comme je l'ai dit précédemment la question de savoir si l'admission de communications religieuses portera atteinte à la liberté de religion d'une personne dépendra des faits particuliers de chaque affaire. En l'espèce, il n'y a pas d'atteinte de ce genre.

J'examine maintenant le troisième moyen d'appel, savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en ne concluant pas que l'absence de voir-dire a privé M^{lle} Gruenke d'un procès équitable.

L'omission de tenir un voir-dire

Je suis d'avis que le juge Krindle a essentiellement tenu un voir-dire en l'espèce. Bien qu'il ait été fait de façon informelle et qu'il n'ait pas été qualifié de voir-dire par le juge du procès, elle a bien donné aux avocats l'occasion de présenter des éléments de preuve et des arguments relativement à la requête de la défense visant à exclure la preuve et elle l'a fait en l'absence du jury. L'avocat de M^{lle} Gruenke au procès n'a pas demandé de présenter des éléments de preuve et il lui a semblé tout à fait suffisant de se fonder sur la preuve présentée à l'enquête préliminaire. À mon avis, il incombait à l'appelante d'établir que les communications devaient être exclues pour cause de privilège — il appartenait à M^{lle} Gruenke et à son avocat de déterminer quelle était la meilleure manière de s'acquitter de ce fardeau. Bien que le juge du procès ait la responsabilité ultime de trancher les questions de recevabilité, il n'est pas tenu de faire plus que d'accorder à l'avocat une occasion raisonnable de présenter sa preuve et d'avancer des arguments sur ces questions avant de rendre une décision.

Par conséquent, je suis d'avis que M^{lle} Gruenke n'a pas été privée d'un procès équitable par suite de l'omission du juge du procès de tenir un voir-dire formel et de sa décision de statuer sur la requête de la défense en fonction des arguments et des témoignages présentés à l'enquête préliminaire.

En même temps, je crois qu'il est utile de souligner, pour que cela puisse servir dans d'autres affaires, que lorsqu'une question de privilège est soulevée dans un procès, cette question peut bien être mieux tranchée dans le cadre d'un voir-dire. De manière générale, le juge du procès est souvent aidé

heard and argument submitted in the absence of the jury. In addition, for both jury and non-jury trials, a formal *voir dire* affords an accused the opportunity to take the stand and be heard for a limited purpose without being subject to general cross-examination. The trial judge will then be in the best position to apply the Wigmore criteria and to rule on the admissibility of the communication in question. While this may well be the preferred method of determining issues of privilege, the failure to follow this procedure does not necessarily render the trial unfair.

I turn now to the last two grounds of appeal, dealing with the trial judge's charge to the jury.

Jury Charge

I am in full agreement with the Manitoba Court of Appeal that, taken as a whole, the charge to the jury was full and fair. While I have some concern about the trial judge's failure to remind the jury that Mr. Fosty's explanation of protecting Ms. Gruenke could be considered in relation to her, despite the fact that it could not (because of excessive force) constitute a defence within the meaning of s. 37 of the *Code* for him, I do not think that this omission rendered the charge unfair.

Furthermore, given that I have found that the communications between the appellant, Pastor Thiessen and Ms. Frovich were properly admitted at trial, it is my view that even if the jury had been reminded of this point this could not have altered the verdict. In other words, once the communications in question were before the jury, a first degree murder conviction was inevitable.

Disposition

In light of the analysis set out above, I would dismiss the appeal.

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

par un voir-dire formel dans lequel des témoignages peuvent être entendus et des arguments peuvent être présentés en l'absence du jury. De plus, en ce qui a trait au procès avec et sans jury, un voir-dire formel permet à un accusé de se faire entendre dans un but limité sans être assujéti à un contre-interrogatoire général. Le juge du procès sera alors en meilleure position pour appliquer le critère de Wigmore et pour juger de la recevabilité de la communication en question. Bien qu'il puisse bien s'agir de la méthode préférée pour déterminer les questions de privilège, l'omission de suivre cette procédure ne rend pas nécessairement le procès inéquitable.

Je vais maintenant examiner les deux moyens d'appel qui traitent de l'exposé du juge au jury.

L'exposé au jury

Je souscris entièrement à l'opinion de la Cour d'appel du Manitoba que, dans l'ensemble, l'exposé au jury était complet et équitable. Bien que je sois préoccupé par l'omission du juge du procès de rappeler au jury que l'explication de M. Fosty, selon laquelle il protégeait M^{lle} Gruenke, pouvait être prise en compte relativement à celle-ci, même si elle ne pouvait pas (à cause de la force excessive) constituer pour lui-même un moyen de défense aux termes de l'art. 37 du *Code*, je ne crois pas que cette omission ait rendu l'exposé inéquitable.

De plus, étant donné que j'ai conclu que les communications entre l'appelante, le pasteur Thiessen et M^{me} Frovich avaient été, à bon droit, admises au procès, je suis d'avis que même si on avait rappelé ce point au jury, cela n'aurait pas modifié le verdict. En d'autres termes, dès que les communications en question avaient été soumises à l'appréciation du jury, une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré devenait inévitable.

Dispositif

Compte tenu de l'analyse qui précède, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have had the opportunity to read the reasons of Lamer C.J., and I agree with him that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons he proposes. However, due to the nature of the parties' arguments and of the case, I feel compelled to make some comments of my own regarding the "religious communications" privilege.

This appeal presents the Court with an opportunity to consider whether confidential communications between an individual and a religious leader may be privileged, and if so, the circumstances in which such a privilege should apply. In order to assess whether a religious communications privilege should be recognized, the fundamental principles and values such a privilege is intended to protect and promote must be examined.

One of the primary aims of the adversarial trial process is to find the truth. To assist in that search, all persons must, if requested, appear before the courts to testify about facts and events in the realm of their knowledge or expertise. This requirement — some would call it a duty — can be traced far back into the history of the common law, and can now be found in statutory form in the federal and provincial Evidence Acts. If the aim of the trial process is the search for truth, the public and the judicial system, must have the right to any and all relevant information in order that justice be rendered. Accordingly, relevant information is presumptively admissible. Exceptions may be found both in statutory form, and in the common law rules of evidence, which have developed in order to exclude evidence that is irrelevant, unreliable, susceptible to fabrication, or which would render the trial unfair. Courts and legislators have also been prepared to restrict the search for truth by excluding probative, trustworthy and relevant evidence to serve some overriding social concern or judicial policy. The latter are the source of privileges for certain private communications. Perhaps the most common example is the solicitor and client privilege: see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer et je partage son avis que le pourvoi doit être rejeté, essentiellement pour les raisons qu'il exprime. Toutefois, en raison de la nature de cette affaire et des arguments des parties, je me dois de faire certains commentaires au sujet du privilège relatif aux «communications religieuses».

Le présent pourvoi nous fournit l'occasion de déterminer si des communications confidentielles entre un individu et une autorité religieuse peuvent faire l'objet d'un privilège, et, le cas échéant, les circonstances dans lesquelles tel privilège devrait s'appliquer. Pour déterminer si un privilège relatif aux communications religieuses devrait être reconnu, il y a lieu d'examiner les principes fondamentaux et les valeurs qu'un tel privilège est destiné à protéger et à promouvoir.

L'un des principaux objectifs du système accusatoire est la recherche de la vérité. Afin de faciliter cette recherche, toute personne doit, sur demande, comparaître devant les tribunaux pour témoigner au sujet de faits et d'événements qui relèvent de sa connaissance ou de son expertise. Cette exigence — certains la qualifiaient de devoir — remonte très loin dans l'histoire de la common law et se retrouve maintenant sous forme législative dans les lois sur la preuve fédérale et provinciales. Si l'objet d'un procès est la recherche de la vérité, le public et le système judiciaire ont droit à toute preuve pertinente afin que justice soit rendue. En conséquence, toute preuve pertinente est présumée recevable. La loi et les règles de preuve de la common law prévoient des exceptions qui ont été conçues de manière à exclure des éléments de preuve qui ne sont ni pertinents, ni fiables, qui sont susceptibles d'avoir été fabriqués ou qui rendraient le procès inéquitable. Les tribunaux et les législateurs ont également été d'avis de limiter la recherche de la vérité par l'exclusion d'éléments de preuve probants, fiables et pertinents pour répondre à une préoccupation sociale prépondérante ou encore aux fins d'une politique judiciaire. C'est là la source des privilèges applicables à certaines communications privées. L'exemple sans doute le plus commun est celui du privilège du secret professionnel de l'avocat: voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

The categories of privileged communications are, however, very limited — highly probative and reliable evidence is not excluded from scrutiny without compelling reasons. In Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), the authors remark at p. 157:

The extension of the doctrine of privilege consequentially obstructs the truth-finding process, and, accordingly, the law has been reluctant to proliferate the areas of privilege unless an external social policy is demonstrated to be of such unequivocal importance that it demands protection.

See also *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, in particular Rand J.'s opinion at pp. 482-83, and Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, para. 2192, at p. 73. The American case law takes the same position: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 110 S.Ct. 577 (1990). For the Australian position, see *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346 (H.C.), and *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73 (H.C.), especially at pp. 102-3.

I agree with the Chief Justice, and with Twaddle J.A. in the Court of Appeal (1989), 55 Man. R. (2d) 289, that the question of whether or not there should be a recognized privilege for confidential religious communications is a question of policy. I believe then that it is important to articulate explicitly what policy considerations are relevant to a religious communications privilege, in order to ascertain the need to exclude what might otherwise be probative evidence.

This Court has not yet had the occasion to consider the principles underlying a religious communications privilege. However, the New Zealand Court of Appeal recently addressed the issue while interpreting a statutory privilege for confessions. In *R. v. Howse*, [1983] N.Z.L.R. 246 (C.A.), speaking for the Court, Cooke J. stated at p. 251:

Les catégories de communications privilégiées sont, toutefois, très limitées — des éléments de preuve très probants et fiables ne sont pas exclus sans raisons valables. Dans Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), les auteurs font remarquer, à la p. 157, que:

[TRADUCTION] L'application de la théorie du privilège fait par conséquent obstacle au processus de recherche de la vérité et, en conséquence, le droit a hésité à multiplier les domaines de privilège à moins qu'on ne démontre qu'un principe social externe est d'une telle importance non équivoque qu'il exige une protection.

Voir également *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479, en particulier l'opinion du juge Rand aux pp. 482 et 483, et Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, par. 2192, p. 73. La jurisprudence américaine adopte la même position: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 110 S.Ct. 577 (1990). En ce qui a trait à la position australienne, voir *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346 (H.C.), et *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73 (H.C.), particulièrement aux pp. 102 et 103.

Je conviens avec le Juge en chef et avec le juge Twaddle de la Cour d'appel (1989), 55 Man. R. (2d) 289, que la question de savoir si un privilège devrait être reconnu en matière de communications religieuses confidentielles en est une de principe. J'estime donc important d'énoncer de façon explicite quelles sont les considérations de principe pertinentes à la reconnaissance d'un privilège relatif aux communications religieuses afin de déterminer s'il est nécessaire d'exclure ce qui autrement pourrait constituer un élément de preuve probant.

Notre Cour n'a pas encore eu l'occasion d'examiner les principes sous-jacents à un privilège relatif aux communications religieuses. Toutefois, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a récemment traité de la question lorsqu'elle a interprété un privilège confessionnel prévu par la loi. Dans l'arrêt *R. v. Howse*, [1983] N.Z.L.R. 246 (C.A.), le juge Cooke a dit au nom de la cour, à la p. 251:

The rationale of any such privilege must be that a person should not suffer temporal prejudice because of what is uttered under the dictates or influence of spiritual belief.

In *Trammel v. United States*, *supra*, at p. 51, Burger C.J. of the United States Supreme Court observed:

The privileges between priest and penitent, attorney and client, and physician and patient limit protection to private communications. These privileges are rooted in the imperative need for confidence and trust. The priest-penitent privilege recognizes the human need to disclose to a spiritual counselor, in total and absolute confidence, what are believed to be flawed acts or thoughts and to receive priestly consolation and guidance in return. [Emphasis added.]

Scholars have also attempted to decipher the principles and values which would be preserved by a religious communications privilege. According to them, such a privilege would protect: (a) society's interest in religious communications; (b) freedom of religion; (c) privacy interests; (d) other concerns. The parties in this appeal have also referred to historical sources, the case law and statutory responses to the perceived need for such a privilege. It is with this spectrum of considerations in mind that the availability and breadth of a religious communications privilege can be assessed.

I—The Values Promoted by a Religious Communications Privilege

(a) *Society's Interest in Promotion of Religious Communications*

Several authors have suggested that utilitarian (or "instrumental") values would be promoted by a privilege for confidential religious communications. Confidentiality in the relationship between the religious leader and an individual allows full and frank discussion of matters which are troubling to the individual, allowing the individual to draw "psychological and spiritual sustenance" from the relationship: Cole, "Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis" (1988), 21 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 1, at p. 15. The

[TRADUCTION] Un tel privilège doit être fondé sur le fait qu'une personne ne doit pas subir un préjudice temporel en raison de ce qui est dit sous la dictée ou l'influence d'une croyance spirituelle.

^a Dans l'arrêt *Trammel v. United States*, précité, à la p. 51, le juge en chef Burger de la Cour suprême des États-Unis a fait remarquer que:

^b [TRADUCTION] Les privilèges du secret de la confession, du secret professionnel de l'avocat et du médecin limitent la protection aux communications privées. Ces privilèges sont fondés sur le besoin impérieux de confiance. Le privilège du secret de la confession reconnaît le besoin humain de divulguer à un conseiller spirituel, avec une confiance totale et absolue, des actes ou des pensées qu'on croirait fautifs et de recevoir en retour réconfort et conseils de la part du prêtre. [Je souligne.]

^d Les auteurs ont également tenté de clarifier les principes et les valeurs qui seraient protégés par un privilège relatif aux communications religieuses. Selon eux, un tel privilège protégerait: a) l'intérêt de la société dans les communications religieuses; b) la liberté de religion; c) les intérêts relatifs à la protection de la vie privée; d) d'autres préoccupations. Les parties au présent pourvoi se sont également référées aux sources historiques, à la jurisprudence et à la réponse de la législation à la nécessité qu'on a perçue d'un tel privilège. C'est en fonction de cette gamme de considérations que la possibilité et l'étendue d'un privilège relatif aux communications religieuses peuvent être évaluées.

I—Les valeurs favorisées par un privilège relatif aux communications religieuses

a) *L'intérêt de la société à favoriser les communications religieuses*

^h Plusieurs auteurs ont suggéré qu'un privilège relatif aux communications religieuses confidentielles favoriserait des valeurs utilitaires (ou «instrumentales»). Le caractère confidentiel des rapports entre une personne et une autorité religieuse permet une discussion complète et franche de questions troublantes pour cette personne, lui permettant de tirer un «soutien psychologique et spirituel» de cet échange: Cole, «Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis» (1988), 21 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 1, à la

spiritual benefit to the individual is said to contribute to the overall health of society. By creating a privilege, the law, it is argued, "has determined that, in the long run, society gains more by fostering these relationships than it gains from disclosure of communications within those relationships": Mitchell, "Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion" (1987), 71 *Minn. L. Rev.* 723, at p. 762.

Professor Mitchell captures the utilitarian argument in her analysis of the four-part Wigmore test, when she remarks at p. 767:

A more commonly mentioned reason [for fostering the clergy-confider relationship] is the benefit the community derives from the mental, emotional, and spiritual health of its members. One author has written that the privilege is important to the health and stability of the whole society and that it enables people to deal with their problems with positive results. The individual penitent or counselee may receive forgiveness, absolution, advice and comfort; from these may flow spiritual, emotional, mental, and even physical health. The community benefits from the health of its citizens, and for many persons religion, including confidential consultations with clergy, contributes significantly to that health. [Footnotes omitted.]

This argument is based on several propositions. First, it must be that confidentiality is necessary to allow the cleric to give spiritual guidance to the individual. Tiemann and Bush, *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law* (2nd ed. 1983), remark at p. 23:

There must be a genuine trust between the clergy and the congregant or their relationship cannot proceed to the deep level of understanding necessary for good pastoral care. While the average pastor or rabbi is not prepared to engage in depth therapy, there can be no hindrance to the counseling relationship which might cause those who seek help to hold back mention of the very act, feeling, or circumstance causing the most spiritual turmoil. Confidence must be complete if pastoral counseling is to be helpful. There must be no possibility

p. 15. Le bénéfice personnel spirituel qu'on en retire, contribue, dit-on, au bien-être général de la société. On soutient que le droit, par la création d'un privilège [TRADUCTION] «a déterminé qu'à long terme, la société obtient plus en favorisant ces rapports qu'elle ne profite de la divulgation de communications faites dans le cadre de ces rapports»: Mitchell, «Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion» (1987), 71 *Minn. L. Rev.* 723, à la p. 762.

Le professeur Mitchell fait ressortir l'argument utilitaire dans son analyse du test à quatre volets de Wigmore, lorsqu'elle fait remarquer à la p. 767:

[TRADUCTION] Un motif plus fréquemment mentionné [de favoriser les rapports entre membre du clergé et fidèle] est l'avantage que la société tire du bien-être mental, émotionnel et spirituel de ses membres. Un auteur a écrit que le privilège est important pour la santé et la stabilité de l'ensemble de la société et qu'il permet aux personnes de traiter de leurs problèmes et d'obtenir des résultats positifs. La personne qui se confesse ou qui demande des conseils peut recevoir le pardon, l'absolution, des conseils ou du réconfort et il peut en résulter un bien-être spirituel, émotionnel, mental et même physique. La société profite de la santé de ses citoyens et, pour un grand nombre de personnes, la religion, y compris les consultations confidentielles avec des membres du clergé, contribuent de façon importante à cette santé. [Renvois omis.]

Cet argument est fondé sur plusieurs énoncés. Premièrement, le caractère confidentiel doit être nécessaire pour permettre au membre du clergé de donner des conseils spirituels à une personne. Tiemann et Bush, *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law* (2^e éd. 1983), font remarquer à la p. 23:

[TRADUCTION] Il doit exister une confiance véritable entre le membre du clergé et le fidèle sinon leurs rapports ne peuvent atteindre le niveau de compréhension nécessaire à un bon soutien pastoral. Bien que le prêtre ou rabbin moyen ne soit pas prêt à s'engager dans une thérapie en profondeur, il ne pourrait y avoir d'obstacles aux rapports de conseiller qui peuvent empêcher ceux qui cherchent de l'aide de mentionner l'acte, le sentiment ou la circonstance même qui lui cause le plus de troubles spirituels. La confiance doit être complète pour

of a disclosure of the shared confidences should a court of law call the pastor or rabbi as a witness.

In addition, the utilitarian rationale rests in part on the view that, in the absence of complete confidentiality, individuals would be disinclined to approach and confide in religious leaders. Bentham, who supported an absolute class privilege for Roman Catholics communicating under the seal of confession, identified the problem of compelling the clergy to testify, and argued at p. 587 of vol. IV of *Rationale of Judicial Evidence* (1827):

What would be the consequence [of compelling testimony]? — That, of that quantity of confessorial evidence which is now delivered in secret for a purpose purely religious, a certain proportion (it is impossible to say what, but probably a very considerable one) would not be so delivered: would be kept back, under the apprehension of its being made use of for a judicial purpose. The rule would operate as a prohibition upon all such confessions for the spiritual purpose, as would be applicable to the temporal purpose

Yet, this argument is not solely concerned with numerical results, as Professor Mitchell observes at p. 765:

It would be difficult to test how many people fail to come forward for help because they fear disclosure. Furthermore, at issue is not just the *number* of persons who consult clergy or the *number* of consultations, but the *healing quality* of those consultations. [Footnote omitted; emphasis in original.]

Another benefit to society as a whole is articulated by Professor Cole in his article, *supra*. He suggests, at pp. 15-16:

Religious confidentiality is vitally important to the maintenance of religious organizations as well as to their individual members. An atmosphere of trust, made possible by the knowledge that communications made in secret will remain secret, is the keystone of strong clergy-communicant relationships which are in turn the cement that holds many religious organizations together. In a very real sense, then, the value of religious confidentiality is the value to society of religion and religious organizations generally. Even from a purely utilitarian

que les conseils du prêtre soient utiles. Aucune divulgation des confidences ne doit être possible si un tribunal cite le prêtre ou le rabbin comme témoin.

De plus, le raisonnement fondé sur le caractère utilitaire repose en partie sur l'opinion qu'en l'absence de secret total, un individu ne serait pas porté à consulter des autorités religieuses et à se confier à celles-ci. Bentham, qui était en faveur d'une catégorie absolue de privilège pour les catholiques romains qui communiquent sous le secret de la confession, a identifié le problème de l'obligation des membres du clergé à témoigner et s'est demandé à la p. 587 du vol. IV de *Rationale of Judicial Evidence* (1827):

[TRADUCTION] Quelle serait la conséquence [de l'obligation de témoigner]? — Que, de cette quantité de témoignages donnés dans le cadre de la confession qui sont alors communiqués en secret dans un but purement religieux, une certaine proportion (il est impossible de dire laquelle, mais une qui serait probablement très considérable) ne serait pas ainsi communiquée: elle serait retenue, de crainte qu'elle ne soit utilisée à des fins judiciaires. La règle constituerait une interdiction à l'égard de toutes ces confessions à des fins spirituelles car elle serait applicable à des fins temporelles . . .

Toutefois, cet argument ne porte pas uniquement sur les résultats numériques, comme le fait remarquer le professeur Mitchell, à la p. 765:

[TRADUCTION] Il serait très difficile d'évaluer le nombre de personnes qui ne viennent pas demander de l'aide parce qu'elles craignent la divulgation. Qui plus est, la question ne porte pas seulement sur le *nombre* de personnes qui consultent le clergé ou sur le *nombre* de consultations, mais sur le *caractère curatif* de ces consultations. [Renvoi omis; en italique dans l'original.]

Le professeur Cole dans son article, précité, souligne un autre avantage pour l'ensemble de la société. Il dit, aux pp. 15 et 16:

[TRADUCTION] Le caractère confidentiel en matière religieuse a une importance vitale pour le maintien des organismes religieux ainsi que pour leurs membres. Une atmosphère de confiance, rendue possible par le fait qu'il est entendu que les communications faites en secret demeureront secrètes, constitue la pierre angulaire de rapports solides entre membre du clergé et fidèle, qui constituent, à leur tour, le ciment qui lie ensemble un grand nombre d'organismes religieux. Dans un sens très réel, alors, la valeur du caractère confidentiel en matière

perspective, that value cannot be overstated. Religious organizations based on claims to unchanging truths are a stabilizing influence in an increasingly fast-paced and atomized society where bonds of community are scarce and worth preserving. Moreover, many provide needed social services that government is unwilling or unable to provide in a cost-efficient and humane manner.

See also Yellin, "The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege" (1983), 23 *Santa Clara L. Rev.* 95, at p. 113.

These societal interests are intuitively compelling, if they acknowledge a privilege in those uncommon situations where the confidentiality of a relationship is so fundamental that breaching it will do more harm than good to society. In those circumstances, public policy would be promoted at the cost of the search for truth.

(b) *Freedom of Religion*

Some scholars, including Professor Cole, prefer to base their support of a religious communications privilege on freedom of religion. Professor Cole writes, at p. 16:

Religious confidentiality, like other religious practices, should be afforded legal protection simply because all persons have a fundamental right to exercise those religious beliefs freely and without worry as to the popularity of their beliefs. Religious practices deserve legal protection not because the results of some cost-benefit analysis tip in their favor, but because it is fundamentally important that government respect the sincerely-held religious beliefs of its citizens. Religious confidentiality is founded on such beliefs and therefore deserves protection. [Emphasis added.]

As a policy basis for a privilege, freedom of religion (or conversely religious tolerance) was also the primary rationale advocated by Bentham, *supra*, at pp. 588-92, and is discussed by Professor Mitchell at

religieuse constitue à l'égard de la société la valeur de la religion et des organismes religieux d'une manière générale. Même d'un point de vue strictement utilitaire, cette valeur ne saurait être exagérée. Les organismes religieux fondés sur des prétentions de vérités immuables ont une influence stabilisante dans une société en fragmentation où le rythme de vie est de plus en plus frénétique et où les liens sociaux sont rares et méritent d'être préservés. En outre, nombre de ces organismes fournissent des services sociaux nécessaires que le gouvernement refuse ou est incapable de fournir d'une manière humaine et efficace du point de vue financier.

Voir également Yellin, «The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege» (1983), 23 *Santa Clara L. Rev.* 95, à la p. 113.

Ces intérêts de la société emportent intuitivement l'adhésion lorsqu'ils reconnaissent l'existence d'un privilège dans les situations peu communes où le caractère confidentiel d'un échange est tellement fondamental que sa violation fera plus de tort que de bien à la société. Dans de telles circonstances, on favoriserait l'intérêt public plutôt que la recherche de la vérité.

b) *Liberté de religion*

Certains auteurs, dont le professeur Cole, préfèrent fonder leur appui au privilège relatif aux communications religieuses sur la liberté de religion. Le professeur Cole écrit à la p. 16:

[TRADUCTION] Le caractère confidentiel en matière religieuse, comme toute autre pratique religieuse, devrait être protégé par la loi simplement parce que toute personne a le droit fondamental de pratiquer ses croyances religieuses librement et sans inquiétude quant à la popularité de ces croyances. Les pratiques religieuses méritent la protection de la loi, non parce que les résultats d'une analyse du coût par rapport aux avantages leur sont favorables, mais parce qu'il est fondamentalement important que le gouvernement respecte les croyances religieuses sincères de ses citoyens. Le caractère confidentiel en matière religieuse est fondé sur ces croyances et mérite, par conséquent, d'être protégé. [Je souligne.]

La liberté de religion (ou inversement la tolérance religieuse) constitue également le principe de base du raisonnement que préconisait M. Bentham, précité, aux pp. 588 à 592, et elle fait l'objet d'une analyse du

pp. 776-77. In particular Mitchell makes this observation at p. 776:

Although the accommodation of religion reflected in the clergy privilege may be partly an accommodation of the religious practices of *confiders*, surely it is also an accommodation of *clergy's* religious objections to disclosure. [Emphasis in original.]

Freedom of conscience and religion in Canada as well as freedom of thought and belief are guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be ignored in this discussion. The preamble to the *Charter* reads:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

Section 2 enshrines fundamental freedoms:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The Court of Appeal in the present case, as well as the Ontario Court of Appeal in *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, have noted the potential impact of s. 2(a) of the *Charter* on the religious communications privilege. As this Court has held, even in the absence of constitutional challenge, the interests and values protected by the *Charter* should be considered to allow the common law to develop in accordance with those principles (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J. for the majority, at p. 603, *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184). In effect, the inclusion of a guarantee of freedom of religion in the *Charter* indicates that a legal privilege for confidential religious communications is commensurate with Canadian values.

While the impact of the *Charter* in a particular case must, of course, be assessed on the facts of that case, the values outlined above and the constitutional

professeur Mitchell, aux pp. 776 et 777. En particulier, le professeur Mitchell fait cette observation à la p. 776:

[TRADUCTION] Bien que le respect de la religion que manifeste le privilège du clergé puisse être partiellement un respect des pratiques religieuses des *fidèles*, il s'agit certainement aussi du respect des objections religieuses du *clergé* à divulguer ces communications. [En italique dans l'original.]

La liberté de conscience et de religion au Canada ainsi que la liberté de pensée et de croyance sont garanties par la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peuvent être ignorées dans cette analyse. Le préambule de la *Charte* se lit ainsi:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit:

L'article 2 énonce les libertés fondamentales:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

La Cour d'appel, en l'espèce, de même que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, ont noté l'effet possible de l'al. 2a) de la *Charte* sur le privilège relatif aux communications religieuses. Comme notre Cour l'a jugé, même en l'absence d'une contestation fondée sur la Constitution, les intérêts et les valeurs protégées par la *Charte* devraient être pris en considération pour permettre à la common law d'évoluer conformément à ces principes (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre au nom de la majorité, à la p. 603; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 184). En effet, l'inclusion de la garantie de liberté de religion dans la *Charte* indique qu'un privilège légal relatif aux communications religieuses confidentielles est à la mesure des valeurs canadiennes.

Bien que l'impact de la *Charte* dans un cas donné doive, évidemment, être évalué d'après les faits de l'affaire, les valeurs soulignées précédemment et la

protection of freedom of religion bring support to the recognition of a religious communications privilege at common law.

(c) *Privacy Interests*

A third potential rationale for a religious communications privilege relates to privacy. Professor Mitchell articulates this concern, at p. 768:

The privacy rationale rests the clergy privilege on each person's interest in the dignity of privacy for his most intimate relationships. A confider who seeks out a member of the clergy for confession and counsel draws on or establishes a soul-baring relationship as deeply intimate as any among family members. There is general repugnance at the law's intrusion into such a relationship.

Privacy values are distinct from the utilitarian view, because the emphasis for this rationale for the privilege is on a benefit to the individual, not to society as a whole. Professor Mitchell explains at p. 769:

Unlike Wigmore's utilitarian rationale, the privacy rationale justifies the clergy privilege primarily in terms of the participants' interests and not society's benefit — except to the extent that everyone benefits from living in a society in which the law does not intrude unnecessarily into people's private lives. Whereas the Wigmore rationale seems to imply that society favors persons confiding in their clergy, the privacy rationale is consistent with society's neutrality or even antipathy toward such confidences. The privacy rationale protects the clergy-confider relationship because the confider, and not society generally, values that relationship. One advantage, then, of the privacy rationale over the Wigmore rationale is that a privacy rationale maintains the privilege even in the face of popular loss of confidence in the clergy. A related advantage of the privacy rationale is that it does not depend on any showing that disclosure of confidences would in fact deter or inhibit relationships with clergy. In other words, the privacy rationale eliminates the need to meet Wigmore's second

garantie constitutionnelle de la liberté de religion appuie la reconnaissance d'un privilège relatif aux communications religieuses en common law.

a) c) *Intérêts en matière de protection de la vie privée*

Le troisième fondement possible d'un privilège relatif aux communications religieuses a trait à la protection de la vie privée. Le professeur Mitchell note cette préoccupation à la p. 768:

[TRADUCTION] Le principe relatif à la protection de la vie privée fonde le privilège du clergé sur l'intérêt qu'a chaque personne dans la dignité de la protection de la vie privée à l'égard de ses rapports les plus intimes. La personne qui va rencontrer un membre du clergé pour se confesser et obtenir des conseils établit des rapports qui mettent l'âme à nu, rapports aussi profondément intimes que ceux qui existent entre les membres d'une famille, et en tire profit. Généralement, on répugne à ce que le droit s'imisce dans de tels rapports.

Les valeurs relatives à la protection de la vie privée sont distinctes de celles de nature utilitaire, parce qu'elles mettent l'accent sur l'avantage qu'en retire le particulier et non pas l'ensemble de la société. Le professeur Mitchell explique, à la p. 769:

[TRADUCTION] Contrairement au raisonnement utilitaire de Wigmore, le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée justifie le privilège du clergé principalement sur le plan des intérêts des participants et non de l'avantage pour la société — sauf dans la mesure où tout le monde profite de la vie dans une société où le droit ne s'imisce pas de manière inutile dans la vie privée des personnes. Tandis que le raisonnement de Wigmore semble présumer que la société favorise les personnes qui se confient à leur clergé, le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée correspond à la neutralité ou même à l'antipathie de la société à l'égard de ces confidences. Le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée protège les rapports entre le clergé et les fidèles parce que ce sont les fidèles, et non l'ensemble de la société, qui accordent de l'importance à ces rapports. Alors l'un des avantages du raisonnement fondé sur la protection de la vie privée par rapport au raisonnement de Wigmore est qu'il maintient le privilège même face à une perte de confiance populaire à l'égard du clergé. Un avantage connexe du raisonnement fondé sur la protection de la vie privée est qu'il ne dépend pas d'une démonstration que la divulgation des confidences empêcherait en fait les rapports avec le

and third prerequisites for a privilege. [Footnotes omitted.]

It should be stressed that this privacy interest does not simply address the interest all people have in the privacy of their conversations; it goes much further in that the individual seeks out the religious leader for spiritual guidance and assistance. This religious element in the relationship promotes special values of privacy characteristic of that relationship, and makes the privacy rationale a possible justification towards the recognition of the privilege.

One might note here the American constitutional dimension of the privacy concern, as expressed by Professor Mitchell at pp. 770-76. For a discussion of the interaction of privilege rules and state intrusions into private communications, see Goldsmith and Balmforth, "The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines" (1991), 64 *S. Cal. L. Rev.* 903.

(d) *Other Concerns*

Other authors express the view that it would be impractical and futile to attempt to force the clergy to testify, because often the cleric would refuse. In his article "Confidential Communications to the Clergy" (1963), 24 *Ohio St. L.J.* 55, Professor Reese argues this point at p. 81:

Most clergy will not testify concerning confidential communications regardless of whether there is a statutory privilege. They are bound by an overpowering discipline that dictates the strictest standards of conduct concerning the maintenance of the inviolability of the confidential communication made to them in their ministerial capacity. . . . Therefore, in a state without the privilege, a clergyman facing contempt charges for refusing to testify would have little trouble making the decision about what to do. He would refuse, face contempt charges, and imprisonment. The pressure from an institutional standpoint would reinforce his determina-

clergé ou nuirait à ceux-ci. En d'autres termes, le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée élimine le besoin de satisfaire aux deuxième et troisième conditions préalables fixées par Wigmore pour qu'il y ait privilège. [Renvois omis.]

Il convient de souligner que cet intérêt fondé sur la protection de la vie privée ne vise pas simplement l'intérêt que toute personne a à l'égard du caractère confidentiel de ses conversations; il va beaucoup plus loin du fait que l'individu cherche à communiquer avec une autorité religieuse en vue d'obtenir des conseils ou de l'aide de nature spirituelle. L'élément religieux de cet échange favorise les valeurs spéciales caractéristiques de la protection de la vie privée et fait en sorte que le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée constitue une justification possible de la reconnaissance du privilège.

On peut souligner ici le souci de protéger la vie privée dont fait état la Constitution américaine, comme l'a exprimé le professeur Mitchell, aux pp. 770 à 776. Pour une analyse de l'interaction des règles en matière de privilège et des intrusions de l'État dans les communications privées, voir Goldsmith et Balmforth, «The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines» (1991), 64 *S. Cal. L. Rev.* 903.

d) *Autres préoccupations*

D'autres auteurs ont exprimé l'opinion qu'il serait peu réaliste, voire futile de tenter d'obliger les membres du clergé à témoigner parce que, le plus souvent, les membres du clergé refuseraient. Dans son article «Confidential Communications to the Clergy» (1963), 24 *Ohio St. L.J.* 55, le professeur Reese soulève le point suivant, à la p. 81:

[TRADUCTION] La plupart des membres du clergé ne témoigneront pas en ce qui concerne des communications faites à titre confidentiel peu importe qu'il existe ou non un privilège prévu par la loi. Ils sont liés par une discipline rigide qui dicte les normes de conduite les plus strictes concernant le maintien de l'inviolabilité de la communication confidentielle qui leur a été faite dans le cadre de leur ministère [. . .] Par conséquent, dans un État où le privilège n'existe pas, un membre du clergé qui est passible d'outrage au tribunal pour refus de témoigner aurait peu de difficulté à décider ce qu'il doit faire. Il refuserait, serait accusé d'outrage au tribunal et

tion. To testify would cast doubt upon the security all people have toward the secrecy of confidential communications to the clergy.

This is perhaps what motivated Best C.M. to write in *Broad v. Pitt* (1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528, at p. 519 and p. 529, respectively:

I, for one, will never compel a clergyman to disclose communications, made to him by a prisoner; but if he chooses to disclose them, I shall receive them in evidence.

Compelling disclosure, or charging a cleric in contempt, it is further argued, places the presiding judge in the position of having either to force the breach of a confidence, or to imprison the cleric, both of which may arguably bring disrepute to the system of justice: Reese, *supra*, pp. 60-61.

A final perspective which may be mentioned in passing is found in Professor Lyon's brief commentary, "Privileged Communications — Penitent and Priest" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 327. He argues, at p. 327, that the "best reason" for granting the privilege is that "to admit in evidence confessions made to a priest would be so similar to admitting confessions made under duress to police that the idea should be expressly condemned by the common law".

II—Historical and Jurisprudential Data

The appellant submits that the historical underpinnings of the religious communications privilege favour its recognition. A number of authors refer to Roman Catholic confession practices as the source from which any religious communications privilege in the common law would emanate. In apparent support of a privilege prior to the sixteenth century Reformation in England, various sources detail the relationship between the Roman Catholic church and the government in England, the coexistence of ecclesiastical and temporal laws, and the special legal privi-

passible d'emprisonnement. La pression, du point de vue institutionnel, renforcerait sa détermination. Le fait de témoigner jetterait un doute sur la sécurité dont jouissent toutes les personnes relativement au secret des communications faites à titre confidentiel aux membres du clergé.

C'est sans doute ce qui a poussé le magistrat en chef Best à écrire, dans l'arrêt *Broad v. Pitt* (1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528, aux pp. 519 et 529, respectivement:

[TRADUCTION] Pour ma part, je n'obligerai jamais un membre du clergé à divulguer des communications qui lui ont été faites par un prisonnier; mais s'il choisit de les divulguer, je les recevrai en preuve.

On soutient, en outre, qu'obliger un membre du clergé à divulguer des communications confidentielles ou l'accuser d'outrage au tribunal a pour effet de forcer le juge du procès soit d'ordonner à cette personne de violer une confiance soit de l'emprisonner, deux éventualités susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice: Reese, précité, pp. 60 et 61.

Finalement, on peut mentionner, en passant, le bref commentaire du professeur Lyon, «Privileged Communications — Penitent and Priest» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 327. Il soutient, à la p. 327, que le [TRADUCTION] «meilleur motif» de reconnaître le privilège est le fait que [TRADUCTION] «l'admission en preuve de confessions faites à un prêtre serait tellement semblable à l'admission de confessions faites sous la contrainte à des policiers que cette idée devrait être expressément condamnée par la common law».

II—Historique et jurisprudence

L'appelante soutient que les fondements historiques du privilège relatif aux communications religieuses en favorisent la reconnaissance. Un certain nombre d'auteurs mentionnent les pratiques catholiques romaines en matière de confession comme la source de tout privilège relatif aux communications religieuses en common law. Au soutien apparemment de l'existence d'un tel privilège, antérieurement à la Réforme survenue au XVI^e siècle en Angleterre, diverses sources citent les rapports qui existaient entre l'Église catholique romaine et le gouvernement

leges held by the clergy (see Pollock and Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (2nd ed. 1968), particularly vol. I, at pp. 437-57). An early statute in common law was the *Articuli Cleri*, enacted by the English Parliament in 1315: 9 Edw. 2, c. 10. The statute is summarized in Reeves, *History of the English Law* (1787), vol. 2, beginning at p. 291. The meaning of the actual provisions is, however, unclear: see Yellin, *supra*, at p. 99; Tiemann and Bush, *supra*.

Various authors were also cited to the Court to support the view that after the Reformation, or at least after the Restoration in the 1660s, the privilege fell into disfavour with the ascendancy of the Anglican Church of England, the increasing power of Parliament and the growing independence of courts from ecclesiastical influence. For more comprehensive historical discussions of the religious communications privilege, see Chambers and McInnes, "Commentary on *R. v. Church of Scientology and Zaharia*", in (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 176; Tiemann and Bush, *supra*, at pp. 34-54; Hogan, "A Modern Problem on the Privilege of the Confessional" (1951), 6 *Loyola L. Rev.* 1, at pp. 7-14; Yellin, "The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege", *supra*, at pp. 96-104.

However, it is far from clear that, historically, the common law recognized the privilege, at least as it evolved through the centuries.

The case law which addresses this issue can be traced as far back as *Garnet's Trial* (1606), 2 How. St. Tr. 218, and a number of cases are listed in the Ontario Court of Appeal's reasons in *Re Church of Scientology*, *supra*, at p. 537. The cases, with some notable exceptions, do not support the existence of a "class" privilege for religious communications. Perhaps the most famous dicta is that of the Jessel M.R. in *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. 675 (C.A.), who remarked (albeit in a case concerning the solicitor-client privilege) at p. 681:

en Angleterre, la coexistence des droits ecclésiastiques et temporels et les privilèges juridiques spéciaux détenus par le clergé (voir Pollock et Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (2^e éd. 1968), particulièrement le vol. I, aux pp. 437 à 457)). Il existe une ancienne loi de common law, l'*Articuli Cleri* adoptée par le Parlement anglais en 1315: 9 Éd. 2, ch. 10. Cette loi est résumée par Reeves dans *History of the English Law* (1787), vol. 2, à partir de la p. 291. Toutefois, le sens de ses dispositions réelles n'est pas clair: voir Yellin, précité, à la p. 99; Tiemann et Bush, précité.

Divers auteurs nous ont également été cités à l'appui de l'opinion selon laquelle après la Réforme, ou du moins après la Restauration dans les années 1660, le privilège est tombé en disgrâce avec la montée de l'Église anglicane d'Angleterre, l'accroissement du pouvoir du Parlement et la montée de l'indépendance des tribunaux face à l'influence ecclésiastique. Pour des analyses historiques plus détaillées du privilège relatif aux communications religieuses, voir Chambers et McInnes, «Commentary on *R. v. Church of Scientology and Zaharia*», dans (1989), 68 *R. du B. can.* 176; Tiemann et Bush, précité, aux pp. 34 à 54; Hogan, «A Modern Problem on the Privilege of the Confessional» (1951), 6 *Loyola L. Rev.* 1, aux pp. 7 à 14; Yellin, «The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege», précité, aux pp. 96 à 104.

Toutefois, il est loin d'être évident que, historiquement, la common law ait reconnu ce privilège, du moins tel qu'il a évolué au cours des siècles.

La jurisprudence qui porte sur cette question remonte aussi loin que l'affaire *Garnet's Trial* (1606), 2 How. St. Tr. 218, et un certain nombre d'arrêts sont énumérés dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Church of Scientology*, précité, à la p. 537. La jurisprudence, avec certaines exceptions importantes, n'appuie pas l'existence d'un privilège «générique» relatif aux communications religieuses. Sans doute l'opinion la plus célèbre est celle du maître des rôles Jessel dans *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. 675 (C.A.), qui y a fait remarquer (même s'il s'agissait d'une affaire concernant le privilège du secret professionnel de l'avocat), à la p. 681:

There are many communications which, though absolutely necessary because without them the ordinary business of life cannot be carried on, still are not privileged. . . . Communications made to a priest in the confessional on matters perhaps considered by the penitent to be more important even than his life or his fortune, are not protected.

Indeed, one may find examples where the cleric has apparently been imprisoned for failure to testify: see *R. v. Hay* (1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933, at p. 9 and p. 936, respectively.

Taken as a whole, then, neither the historical nor the jurisprudential data seems to support the existence of a class-based privilege for religious communications at common law in England.

III—Recent Development in Canada and Other Countries

Currently there are two Canadian provinces, Quebec and Newfoundland, that have statutes which recognize a privilege for communications between a religious leader and an individual: Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 9; *Evidence Act*, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6. See also *Gill v. Bouchard* (1896), 5 Que. Q.B. 138, and *Ouellet v. Sicotte* (1896), 9 C.S. 463. Otherwise, the Canadian case law is almost silent on the subject. *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, *supra*, and *R. v. Medina*, (Ont. S.C., October 17, 1988, unreported) are the only cases that I could find dealing squarely with the issue.

Although several Canadian law reform bodies have examined the issues of pastor-penitent privilege, few have demonstrated a desire to expand currently existing privileges requiring the exclusion of evidence of communications between an individual and a religious leader. (See *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at pp. 417-23; Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Evidence* (1976), at pp. 145-46; Ontario, *Royal Commission Inquiry into Civil Rights* (The McRuer Report) (1968), vol. 2, at pp. 820-21; Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at pp. 29-34 and pp. 77-

[TRANSLATION] Il existe un grand nombre de communications qui, bien qu'elles soient absolument nécessaires parce que, sans elles, la vie ne peut suivre son cours ordinaire, ne sont toujours pas privilégiées [. . .] Les communications faites à un prêtre dans le confessionnal sur des questions qui sont sans doute considérées par la personne qui se confesse comme plus importantes que sa vie ou sa fortune, ne sont pas protégées.

En fait, il existe des exemples où un membre du clergé a apparemment été emprisonné parce qu'il a refusé de témoigner: voir *R. v. Hay* (1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933, aux pp. 9 et 936, respectivement.

Dans l'ensemble, ni l'histoire ni la jurisprudence ne semblent appuyer l'existence d'un privilège générique relatif aux communications religieuses en common law en Angleterre.

III—Développements récents au Canada et dans d'autres pays

Actuellement, deux provinces canadiennes, le Québec et Terre-Neuve, reconnaissent dans leur loi un privilège relatif aux communications entre une autorité religieuse et un individu: *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, art. 9; *Evidence Act*, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6. Voir également *Gill v. Bouchard* (1896), 5 B.R. 138, et *Ouellet v. Sicotte* (1896), 9 C.S. 463. Par ailleurs, la jurisprudence canadienne est presque silencieuse sur le sujet. Les arrêts *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, précité, et *R. v. Medina*, (C.S. Ont., 17 octobre 1988, inédit) sont les seuls, que j'ai pu trouver, qui traitent directement de la question.

Bien que plusieurs organismes canadiens de réforme du droit aient examiné les questions du privilège relatif aux communications entre ministre du culte et fidèle, peu se sont montrés désireux d'élargir les privilèges qui existent actuellement et qui exigent l'exclusion des éléments de preuve de communications entre un individu et une autorité religieuse. (Voir *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983), pp. 465 à 472; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Evidence* (1976), aux pp. 145 et 146; Ontario, *Royal Commission Inquiry into Civil Rights* (le rapport McRuer) (1968), vol. 2,

83 (see Study Paper No. 12, *Evidence: Professional Privileges Before the Courts* (1975)). Perhaps the most sympathetic to new privileges was the Law Reform Commission of Canada's *Report on Evidence, supra*. The new federal Evidence Code, as drafted by the Commission, would have allowed exclusion of evidence of confidential communications made to professionals, in their professional capacities, if the "public interest in the privacy of the relationship outweighs the public interest in the administration of justice": see pp. 29-34 and 77-83 and Study Paper No. 12 *Evidence: Professional Privileges Before the Courts, supra*, which endorsed a clergy privilege (at p. 17).

In fact, the trend in Canada is to limit the recognition of privileges generally in favour of the search for truth in the judicial process. Recent cases in this Court and comments bear this out; see Cotton, "Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe" (1990), 12 *Advocates' Q.* 195; Sim, "Privilege and Confidentiality: The Impact of *Slavutych v. Baker* on the Canadian Law of Evidence" (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 357; McLachlin (now of this Court), "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 2 *U.B.C. L. Rev.* 266; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

The privilege has, in the meantime, flourished in several other countries. The English position has not changed since *Wheeler v. Le Marchant* (see *Halsbury's Laws of England*, vol. 11(2), para. 1163, at note 5). The Irish position, on the other hand, appears to recognize the privilege: *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515 (H.C.); *In re Keller* (1887), 22 L.R.I. 158; *Tannian v. Synnott* (1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275. See also Lindsay, "Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors" (1959), 13 *N. Ir. L.Q.* 160.

In Australia, three states have enacted statutes recognizing the privilege: Tasmania (*Evidence Act*,

aux pp. 820 et 821; Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve* (1975), aux pp. 32 à 37 et aux pp. 87 à 95 (voir document préliminaire n° 12, *La preuve: Le secret professionnel devant les tribunaux* (1975)). Le *Rapport sur la preuve*, précité, de la Commission de réforme du droit du Canada est peut être le plus favorable à la création de nouveaux privilèges. Le nouveau Code fédéral de la preuve, rédigé par la Commission, aurait permis l'exclusion d'éléments de preuve tirés de communications faites à titre confidentiel aux membres de professions libérales dans l'exercice de leurs fonctions, si «la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice»: voir aux pp. 32 à 37 et 87 à 95, et le document préliminaire n° 12, *La preuve: Le secret professionnel devant les tribunaux*, précité, qui endosse le droit au secret des membres du clergé (à la p. 19).

En fait, au Canada, la tendance générale est de limiter la reconnaissance des privilèges en faveur de la recherche de la vérité dans le processus judiciaire. Les arrêts récents de notre Cour ainsi que certains commentaires le soulignent; voir Cotton, «Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe» (1990), 12 *Advocates' Q.* 195; Sim, «Privilege and Confidentiality: The Impact of *Slavutych v. Baker* on the Canadian Law of Evidence» (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 357; McLachlin (maintenant juge de notre Cour), «Confidential Communications and the Law of Privilege» (1977), 2 *U.B.C. L. Rev.* 266; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Entre-temps, le privilège s'est répandu dans plusieurs autres pays. La position anglaise n'a pas changé depuis l'arrêt *Wheeler v. Le Marchant* (voir *Halsbury's Laws of England*, vol. 11(2), par. 1163, à la note 5). Par ailleurs, la position irlandaise paraît reconnaître le privilège: *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515 (H.C.); *In re Keller* (1887), 22 L.R.I. 158; *Tannian v. Synnott* (1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275. Voir également Lindsay, «Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors» (1959), 13 *N. Ir. L.Q.* 160.

En Australie, trois États ont adopté des lois qui reconnaissent le privilège: Tasmanie (*Evidence Act*,

1910, s. 96(1)), Victoria (*Evidence Act*, 1958, No. 6246, s. 28) and New South Wales (*Evidence (Religious Confessions) Amendment Act*, 1989). See *R. v. Lynch*, [1954] Tas. S.R. 47 (S.C.). There are also statutory provisions protecting these communications in New Zealand: *Evidence Amendment Act (No. 2)* 1980, s. 31. See *R. v. Howse*, *supra*.

Each of the 50 American states now has a statute dealing with a privilege for religious communications (Professor Mitchell, *supra*, on p. 734, note 56, lists most of these provisions). Appellate courts have had numerous opportunities to interpret these statutes; for a recent example, see *People v. Edwards*, 248 Cal.Rptr. 53 (Cal.App. 1 Dist. 1988), *cert. denied* 109 S.Ct. 1158 (1989). In addition, federal evidence rules have allowed the privilege to be taken into account in some federal decisions: see *Mullen v. U.S.*, 263 F.2d 275 (1959). For a discussion of these statutes, see Plantamura, "The Clergyman-Penitent Privilege", in Stone and Liebman, eds., *Testimonial Privileges* (1983), p. 359.

Concerning the American Constitution, Campbell in her article "Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege" (1976), 9 *U.C. Davis L. Rev.* 523, observes at p. 525:

The amendment creates an inherent tension: to protect the free exercise of religion is often to aid in its establishment. This tension is reflected in the clergy-penitent privilege: to grant the privilege is to aid in the establishment of religion by protecting communications to members of the clergy; to deny the privilege is to prohibit the free exercise of religion by forcing the violation of the church law of some congregations.

See also Stoyles, "The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses" (1967), 29 *U. Pitt. L. Rev.* 27; Mitchell, *supra*, at pp. 777-85; Cole, *supra*, at pp. 35-50.

The appellant submits that this body of law and case law is persuasive evidence that the common law should recognize the privilege. It could equally be

1910, par. 96(1)), Victoria (*Evidence Act*, 1958, n° 6246, art. 28) et Nouvelle-Galles du Sud (*Evidence (Religious Confessions) Amendment Act*, 1989). Voir *R. v. Lynch*, [1954] Tas. S.R. 47 (C.S.). Il existe également des dispositions législatives qui protègent ces communications en Nouvelle-Zélande: *Evidence Amendment Act (No. 2)* 1980, art. 31. Voir *R. v. Howse*, précité.

Chacun des 50 États américains a maintenant une loi qui traite du privilège relatif aux communications religieuses (le professeur Mitchell, précité, à la p. 734, note 56, énumère la plupart de ces dispositions): Les cours d'appel ont eu de nombreuses occasions d'interpréter ces lois; pour un exemple récent, voir *People v. Edwards*, 248 Cal.Rptr. 53 (Cal.App. 1 Dist. 1988), *cert. refusé* 109 S.Ct. 1158 (1989). De plus, les règles de preuve fédérales ont permis qu'il soit tenu compte du privilège dans certaines décisions fédérales: voir *Mullen v. U.S.*, 263 F.2d 275 (1959). Pour une analyse de ces lois, voir Plantamura, «The Clergyman-Penitent Privilege», dans Stone et Liebman, éd., *Testimonial Privileges* (1983), p. 359.

En ce qui a trait à la Constitution américaine, Campbell, dans son article «Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege» (1976), 9 *U.C. Davis L. Rev.* 523, fait remarquer à la p. 525:

[TRADUCTION] L'amendement crée une tension inhérente: protéger le libre exercice de la religion revient souvent à aider à l'établir. Cette tension se reflète dans le privilège relatif aux communications entre membre du clergé et fidèle: le fait d'accorder le privilège aide à l'établissement de la religion par la protection des communications faites aux membres du clergé; le fait de refuser le privilège empêche le libre exercice de la religion par l'obligation de violer le droit ecclésiastique de certaines congrégations.

Voir également Stoyles, «The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses» (1967), 29 *U. Pitt. L. Rev.* 27; Mitchell, précité, aux pp. 777 à 785; Cole, précité, aux pp. 35 à 50.

L'appelante soutient que ces dispositions législatives et cette jurisprudence constituent une preuve convaincante que la common law devrait reconnaître

argued that not the Courts but the legislatures should be the bodies responsible for enacting such a privilege. But the statutory provisions suggest that the public interest in various jurisdictions has been served by the recognition of a privilege for confidential religious communications. This factor is also important to the assessment of the relevant test for recognition of a privilege in a particular case.

IV—Summary

With these rationales and policy, and constitutional and historical considerations in mind, as well as the case law and the statutory provisions previously discussed, should this Court recognize a particular category of privileges for religious communications? While it may be that Parliament or the provincial legislatures are at liberty to enact statutory provisions creating such a privilege besides those already existing in Quebec and Newfoundland, it is my view that there is a human need for a spiritual counsellor, a need which, in a system of religious freedom and freedom of thought and belief, must be recognized. While serving a number of other policy interests, the values to society of “the human need to disclose to a spiritual counsellor, in total and absolute confidence, what are believed to be flawed acts or thoughts and to receive priestly consolation and guidance in return” in the words of Berger C.J. in *Trammel v. United States*, *supra*, at p. 51, must supercede the truth-searching policy.

V—The Wigmore Approach and Religious Communications

While the category of pastor-penitent privilege was not specifically recognized as such in common law, it was not discouraged as long as the communication fell within the general test of Wigmore, a test which applied to all categories of privileges. Courts, including this Court have tended to consider this test to apply on a case-by-case basis: see *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, at pp. 260-61; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry*

le privilège. Cependant, on peut également soutenir que ce ne sont pas les tribunaux mais les assemblées législatives qui devraient être les organismes chargés d'adopter un tel privilège. Les dispositions législatives laissent toutefois entendre que l'intérêt public dans diverses juridictions a été favorisé par la reconnaissance d'un privilège relatif aux communications religieuses confidentielles. Ce facteur est également important pour évaluer le test pertinent pour reconnaître une catégorie particulière de privilège.

IV—Résumé

Compte tenu de ces considérations de principe et d'ordre politique, constitutionnel et historique ainsi que de la jurisprudence et des dispositions législatives examinées précédemment, notre Cour devrait-elle reconnaître une catégorie particulière de privilèges en matière de communications religieuses? Bien que le Parlement ou les législatures provinciales soient libres d'adopter des dispositions législatives créant un tel privilège, autres que celles qui existent déjà au Québec et à Terre-Neuve, j'estime que tout être humain a besoin d'un conseiller spirituel, besoin qui, dans un système de liberté de religion et de liberté de pensée et de croyance, doit être reconnu. Tout en servant un certain nombre d'autres intérêts publics, les valeurs que représente pour la société [TRADUCTION] «le besoin humain de divulguer à un conseiller spirituel, avec une confiance totale et absolue, des actes ou des pensées qu'on croirait fautifs et de recevoir en retour réconfort et conseils de la part du prêtre», selon les termes du juge en chef Berger dans l'arrêt *Trammel v. United States*, précité, à la p. 51, doivent avoir préséance sur la politique de recherche de la vérité.

V—La position de Wigmore et les communications religieuses

Bien que la catégorie du privilège relatif aux communications entre ministre du culte et fidèle n'ait pas été reconnue précisément comme telle dans la common law, elle n'a pas été découragée dans la mesure où la communication s'inscrivait dans le cadre du test général de Wigmore, un test qui s'applique à toutes les catégories de privilèges. Les tribunaux, y compris notre Cour, ont eu tendance à considérer que ce test ne s'appliquait que cas par cas: voir *Slavutych c.*

(*Health Records in Ontario*), [1981] 2 S.C.R. 494, per Laskin C.J. dissenting at p. 512.

The Chief Justice proposes that Wigmore's test continue to be used as a general approach to considering whether particular religious communications should be admitted into evidence, or found inadmissible by virtue of privilege. At this point it is useful to recall the conditions set out by Wigmore (para. 2285) to determine whether a particular communication should be considered privileged:

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of the litigation. [Emphasis in original.]

It is interesting to note, however, that Dean Wigmore himself originally formulated the four canons of privilege in order to assess what kind of relationships would attract a new category of privilege. In fact, using his own four-step approach, Wigmore concluded that "[the pastor's] privilege has adequate grounds for recognition": Wigmore, *supra*, at p. 878. The balancing of the societal interests of maintaining the confidential relationship (by assessing the potential injury done) with the truth-seeking function of the judicial system which Wigmore proposes have been dealt with earlier. An *ad hoc* approach to privilege may overshadow the long-term interest which the recognition of a religious privilege seeks to preserve. As Professor Mitchell, *supra*, writes at pp. 767-68:

Although Wigmore expressly contemplated a balancing of interests, he did not contemplate weighing clerics'

Baker, [1976] 1 R.C.S. 254, aux pp. 260 et 261; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, le juge en chef Laskin dissident à la p. 512.

Le Juge en chef propose que le test de Wigmore continue d'être utilisé comme méthode générale pour déterminer si certaines communications religieuses devraient être admises en preuve ou jugées irrecevables en raison d'un privilège. À ce stade, il est utile de rappeler les conditions énoncées par Wigmore (par. 2285) pour déterminer si telle communication devrait être considérée comme privilégiée:

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le *caractère confidentiel doit être* un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les *rappports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenus* assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision. [En italique dans l'original.]

Il est intéressant, toutefois, de souligner que le doyen Wigmore lui-même a initialement formulé ces quatre conditions du privilège pour évaluer le genre de rapports qui donneraient lieu à une nouvelle catégorie de privilège. En fait, en utilisant sa propre méthode à quatre volets, Wigmore a conclu que [TRADUCTION] «le privilège [du ministre du culte] possède des fondements suffisants pour être reconnu»; Wigmore, précité, à la p. 878. L'évaluation des intérêts de la société dans le maintien des rapports confidentiels (par l'évaluation de la possibilité de préjudice) et de la fonction de recherche de la vérité du système judiciaire que Wigmore propose, a été examinée précédemment. Une approche *ad hoc* du privilège peut éclipser l'intérêt à long terme que la reconnaissance d'un privilège de nature religieuse cherche à préserver. Comme le professeur Mitchell, précité, l'a écrit aux pp. 767 et 768:

[TRADUCTION] Bien que Wigmore ait expressément envisagé l'évaluation des intérêts, il n'a pas envisagé de

and confiders' interests in confidentiality against specific litigants' interests in the outcome of their litigation. Rather, he contemplated weighing *society's* interest in clergy-confider relationships generally against *society's* interest in access to full information in every litigation. Apparently, Wigmore also had in mind a single conclusive balancing that would determine whether, *in the long run*, society benefits more from nondisclosure than from disclosure. If so, the privilege should be recognized; if not, the privilege will fail. Wigmore was not advocating ad hoc judicial determinations following every individual claim of privilege. This all-or-nothing approach has been criticized by some who prefer more ad hoc balancing. . . . One danger of the ad hoc approach to privileges, however, is its tendency to focus on the palpable need for evidence in the individual case and to neglect more intangible and long-term interests. Even in ad hoc weighing, the balancer must take into account the long-term effects of disclosure on the practice of religion and the benefits the community derives from clergy's contributions to the health of many citizens. [Final emphasis added.]

In my view, it is more in line with the rationales identified earlier, the spirit of the *Charter* and the goal of assuring the certainty of the law, to recognize a pastor-penitent category of privilege in this country. If our society truly wishes to encourage the creation and development of spiritual relationships, individuals must have a certain amount of confidence that their religious confessions, given in confidence and for spiritual relief, will not be disclosed. Not knowing in advance whether his or her confession will be afforded any protection, a penitent may not confess, or may not confess as freely as he or she otherwise would. Both the number of confessions and their quality will be affected; see Mitchell at p. 763. The special relationship between clergy and parishioners may not develop, resulting in a chilling effect on the spiritual relationship within our society. In that case, the very rationale for the pastor-penitent privilege may be defeated. The lack of a recognized category also has ramifications for freedom of religion. Concerns about certainty apply as much to the devel-

soupeser les intérêts qu'ont les membres du clergé et les fidèles dans le caractère confidentiel par rapport aux intérêts précis qu'ont les parties dans l'issue de leur litige. Il a plutôt envisagé de soupeser l'intérêt qu'a la *société* dans les rapports entre les membres du clergé et les fidèles d'une manière générale, et l'intérêt qu'a la *société* dans l'obtention de renseignements complets dans chaque litige. Apparemment, Wigmore avait également à l'esprit une seule évaluation définitive qui permettrait de déterminer si, *à long terme*, la société profiterait plus de la non-divulgence que de la divulgation. Dans l'affirmative, le privilège devrait être reconnu; sinon, il ne devrait pas y avoir de privilège. Wigmore ne préconisait pas les décisions judiciaires *ad hoc* par suite de chaque demande particulière de privilège. Cette position du tout ou rien a été critiquée par certaines personnes qui préfèrent une évaluation mieux adaptée aux circonstances [. . .] Toutefois, un danger de l'approche *ad hoc* des privilèges est sa tendance à mettre l'accent sur le besoin manifeste d'éléments de preuve dans un cas en particulier et à négliger des intérêts à long terme moins évidents. Même dans le cas d'une évaluation adaptée aux circonstances, la personne qui évalue doit tenir compte des effets à long terme de la divulgation sur la pratique de la religion et des avantages que la société tire des contributions du clergé à la santé de nombreux citoyens. [Je souligne à la fin.]

À mon avis, il est plus conforme à la philosophie sous-jacente mentionnée précédemment, à l'esprit de la *Charte* et à l'objectif d'assurer le caractère certain du droit, de reconnaître une catégorie de privilèges relatifs aux communications entre ministre du culte et fidèle dans notre pays. Si notre société désire véritablement encourager la création et l'amélioration des rapports spirituels, les individus doivent avoir un certain degré de confiance que leurs confessions religieuses, faites de manière confidentielle et en vue d'obtenir un bienfait spirituel, ne seront pas divulguées. Ne sachant pas d'avance si sa confession sera protégée, un fidèle peut ne pas se confesser ou bien ne pas le faire aussi librement qu'il l'aurait fait autrement. Ceci entraînera des conséquences sur le nombre de confessions et sur leur qualité; voir Mitchell à la p. 763. Il est aussi possible que les rapports spéciaux entre membres du clergé et fidèles ne se développent pas et que cela ait pour effet de jeter une douche froide sur les rapports spirituels dans notre société. Dans ce cas, la justification rationnelle même du privilège relatif aux communications entre ministre de culte et fidèle peut être annihilée. L'absence

opment of specific religions as to spiritual practices in general.

Of course, this does not mean that every communication between pastor and penitent will be protected. The creation of the category simply acknowledges that our society recognizes that the relationship should be fostered, and that disclosure of communications will generally do more harm than good. Accordingly, the pastor-penitent relationship answers the third and fourth legs of the Wigmore test. But in any given case, the specific nature of the relationship must be examined to ensure it fits the category. Furthermore, the extent of the privilege will still be determined in accordance with the first and second legs of Wigmore's test.

VI—General Application of the Privilege

In analyzing a claim for religious communications privilege, it goes almost without saying that the facts and circumstances of the particular case will be of primary importance.

A first step involves verifying whether communications fall into the pastor-penitent category at all. If the communications are not intended to be of a religious or spiritual nature, then the policy considerations articulated above will not apply. In *R. v. Medina*, *supra*, Campbell J. carefully considered a claim for privilege covering communications between a religious leader and an individual later accused of murder, who was attempting to flee the locale. He set out the following criteria for evaluating the confidentiality of the communication:

(1) Does the communication involve some aspect of religious belief, worship or practice?

(2) Is the religious aspect the dominant feature or purpose of the communication?

d'une catégorie reconnue de privilège a également des ramifications en ce qui a trait à la liberté de religion. Le souci quant au caractère de certitude s'applique autant à l'épanouissement de religions précises qu'aux pratiques spirituelles en général.

Évidemment, cela ne veut pas dire que chaque communication entre un ministre du culte et un fidèle sera protégée. La création d'une telle catégorie souligne simplement que notre société reconnaît que ces rapports doivent être favorisés et que la divulgation de ces communications fera généralement plus de mal que de bien. Par conséquent, pareils rapports entre ministre du culte et fidèle répondent aux troisième et quatrième volets du test de Wigmore. Toutefois, dans chaque cas, la nature précise de ces rapports doit être examinée pour voir s'ils entrent bien dans cette catégorie. Qui plus est, la portée du privilège sera toujours déterminée conformément aux premier et deuxième volets du test de Wigmore.

VI—Application générale du privilège

Dans l'analyse d'une demande de privilège relatif aux communications religieuses, il va pratiquement de soi que les faits et les circonstances de chaque cas sont d'une importance primordiale.

Premièrement, il convient de vérifier si les communications s'inscrivent réellement dans la catégorie des communications entre ministre du culte et fidèle. Si les communications ne sont pas destinées à être de nature religieuse ou spirituelle, alors les considérations de principe mentionnées précédemment ne s'appliqueront pas. Dans l'arrêt *R. v. Medina*, précité, le juge Campbell a examiné soigneusement une demande de privilège visant les communications entre une autorité religieuse et un individu qui tentait de s'enfuir des lieux du crime et qui a, par la suite, été accusé de meurtre. Il a énoncé les critères suivants pour évaluer le caractère confidentiel de la communication:

[TRADUCTION] (1) La communication comporte-t-elle un aspect quelconque de croyance religieuse, de culte ou de pratique?

(2) L'aspect religieux constitue-t-il la caractéristique dominante ou le but principal de la communication?

(3) Even if the religious aspect is not the dominant purpose, how significant is it? Would the communication have been called into being without the religious aspect? . . .

(4) Is the religious aspect of the communication sincere or is it colourable? Did it amount to a good faith manifestation of religious belief, worship or practice?

The answers to these questions are helpful in determining whether the communications are of a religious or spiritual nature, and as such whether the values protected and promoted by the privilege would actually be fostered.

Once this first test has been met, the communication must be further scrutinized to see whether or not it meets the other aspects of the Wigmore test.

The first of these two aspects is that the religious communications must originate in the expectation that they will not be disclosed. It is clear that the requirement of confidentiality serves to stress that only private communications may be privileged. This analysis protects both privacy and utilitarian values. The analysis of this issue is a factual exercise, having regard to all the circumstances. In particular, the persons involved and the place where the communications take place will be relevant. In addition, the expectations of the people involved may be assessed through testimony where that is possible, and by some examination of the practices of the religious denomination involved. In making this latter assessment, however, an overly rigid application of the practice of the religious denomination should be avoided. Chambers and McInnis, *supra*, observe at p. 186:

It would be inconsistent with expectations if a communication received by a cleric in confidence was privileged only if the rules governing his or her conduct required the maintenance of secrecy.

This position is strengthened by reference to s. 27 of the *Charter*, which mandates an interpretation of the *Charter* consistent with the multicultural heritage of Canadians. The requirement or the availability of a confidential communications such as a confession will not be determinative of the availability of the

(3) Même si l'aspect religieux ne constitue pas le but principal, quelle importance a-t-il? La communication aurait-elle eu lieu sans l'aspect religieux? . . .

(4) L'aspect religieux de la communication est-il sincère ou trompeur? Équivaut-il à une manifestation sincère de la croyance religieuse, du culte ou de la pratique?

Les réponses à ces questions sont utiles pour déterminer si les communications sont de nature religieuse ou spirituelle et, à ce titre, si les valeurs protégées et encouragées par le privilège seraient réellement favorisées.

Si la communication respecte ce premier critère, elle doit encore être examinée pour voir si elle satisfait aux autres aspects du test de Wigmore.

Le premier de ces deux aspects veut que les communications religieuses soient faites dans l'espoir qu'elles ne seront pas divulguées. Il est clair que l'exigence du caractère confidentiel sert à souligner que seules les communications privées peuvent faire l'objet d'un privilège. Cette analyse protège les valeurs utilitaires et relatives à la protection de la vie privée. L'analyse de cette question en est une de faits, compte tenu de toutes les circonstances. En particulier, les personnes visées et l'endroit où les communications ont lieu sont pertinents. De plus, les attentes des personnes visées peuvent être évaluées au moyen de témoignages lorsque c'est possible et par un certain examen des pratiques du groupe religieux visé. Toutefois, il convient d'éviter une application trop rigide de la pratique du groupe religieux dans cette évaluation. Chambers et McInnis, précité, font remarquer, à la p. 186:

[TRADUCTION] Il ne serait pas conforme aux attentes qu'une communication reçue par un membre du clergé d'une manière confidentielle ne bénéficie d'un privilège que si les règles régissant sa conduite exigeaient le respect du secret.

Cette position est renforcée par le renvoi à l'art. 27 de la *Charte* qui prescrit une interprétation de la *Charte* compatible avec le patrimoine multiculturel des Canadiens. L'exigence ou l'existence possible de communications confidentielles, telle la confession, ne sera pas déterminante quant à la reconnaissance

privilege, although it may be relevant. Accordingly, I would not accord "confessional" communications any "special privilege" going beyond the application of the principles defined here (see Ryan, "Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information" (1991), 73 C.R. (3d) 217, at p. 218).

The second Wigmore criteria, that confidentiality be essential to the full maintenance of the relationship, highlights the narrow application of the privilege. The privacy interests of the religious leader and individual involved, in combination with the benefit to society of the relationship's confidentiality, will not be sufficient to pass the second criteria in every case. Determination of this issue will involve, among other things, a consideration of the nature of the particular relationship at bar and the nature of the cleric-individual relationship in broader terms.

In this context, the practice or procedure used to communicate and perhaps the very fact of confidential communication will have to be probed. An example of this type of analysis is found in *Slavutych, supra*. The relationship envisaged in the privilege is one in which the individual approaches the religious leader with the intent of gaining religious or spiritual comfort, advice, or absolution. For instance, the communications made in an effort to flee from the criminal justice system (see *R. v. Medina, supra*) will not attract the privilege since gaining the assistance of anyone, let alone a religious leader, to escape justice is not the kind of relationship society seeks to foster and, consequently, cannot be covered by the pastor-penitent privilege.

Finally, it will be recognized that there are a number of complex questions which may arise in the context of a claim for a religious communications privilege. Among these are the following: Who may claim the privilege? Does the privilege cover written as well as oral communications? What is the effect of a waiver by the confidant? Does the religious leader

possible du privilège bien qu'elle puisse être pertinente. Par conséquent, je ne suis pas d'avis d'accorder aux communications «faites sous le secret de la confession» un «privilège spécial» qui aille au-delà de l'application des principes définis en l'espèce (voir Ryan, «Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information» (1991), 73 C.R. (3d) 217, à la p. 218).

Le deuxième élément du test de Wigmore, selon lequel le caractère confidentiel est essentiel au maintien complet des rapports, met en relief l'application étroite du privilège. Les intérêts en matière de protection de la vie privée qu'ont l'autorité religieuse et la personne visée, joints à l'avantage que procure à la société le caractère confidentiel des rapports, ne seront pas suffisants pour satisfaire, dans chaque cas, au deuxième élément du test. L'examen de cette question comportera, notamment, un examen de la nature des rapports particuliers dont il est question et de la nature des rapports entre un membre du clergé et un individu de manière générale.

Dans ce contexte, la pratique ou la procédure utilisée pour communiquer et, sans doute, le fait même de la communication de nature confidentielle devront être examinés. L'arrêt *Slavutych*, précité, nous fournit un exemple de ce genre d'analyse. Les rapports visés par le privilège sont ceux dans lesquels la personne communique avec une autorité religieuse dans l'intention d'obtenir un réconfort spirituel ou religieux, un conseil ou l'absolution. Par exemple, les communications faites dans le but d'échapper au système de justice criminelle (voir *R. v. Medina*, précité) ne seront pas visées par le privilège car le fait d'obtenir l'aide d'une personne, encore moins celle d'une autorité religieuse, pour échapper à la justice ne constitue pas le genre de rapports que la société cherche à favoriser et, par conséquent, elles ne peuvent être visées par le privilège relatif aux communications entre ministre du culte et fidèle.

Finalement, il faut reconnaître que plusieurs autres questions complexes peuvent se soulever à l'occasion d'une demande de privilège relatif à des communications religieuses, dont: Qui peut demander le privilège? Le privilège vise-t-il les communications écrites de même que les communications orales? Quel est l'effet d'une renonciation par le confidant?

have an independent legally protected interest in the privileged communications, and if so what is its extent? In what circumstances may a privilege be claimed? (See *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, *supra*, which applied *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860). These questions may eventually have to be considered by courts with regard to the principles articulated above but they must be left for another day since they do not arise in the present case.

VII—Application to the Facts of the Case

In the present case, Krindle J. admitted the testimony given at the preliminary inquiry by Pastor Harmony Thiessen and Ms. Janine Frovich. The Court of Appeal, in dismissing the appeal, agreed. After consideration of the impact of the *Charter* and the case law, Twaddle J.A. applied Wigmore's four canons as follows at pp. 299-300:

On the issue of confidentiality, I am of the view that not one of Wigmore's four conditions is met. It may well be that the pastor and the counsellor each believed that her relationship with the accused Gruenke was of a confidential nature, but there was no evidence that the accused Gruenke made her admissions to them in the confident belief that they would be disclosed to no one. The pastor and the counsellor might be described as caring friends who offered emotional support and spiritual comfort. Whilst confidentiality might be a desirable aspect of that relationship, I do not think it was essential in the way that it was for the relationship of the priest and his parishioners in *Cook v. Carroll*, *supra*. However the relation between Gruenke and the church workers may be labelled, on the facts of this case it is not one which the community opinion requires to be fostered sedulously. Nor is the public interest in fostering it so great as to require the exclusion of Gruenke's otherwise admissible statements as evidence on a charge of first degree murder.

Counsel for the appellant maintained that the communications were of a religious or a spiritual nature, particularly considering that the appellant had

L'autorité religieuse a-t-elle, dans les communications privilégiées, un intérêt indépendant protégé par la loi et, le cas échéant, dans quelle mesure? Dans quelles circonstances un privilège peut-il être demandé? (Voir *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, précité, qui a appliqué l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860). Ces questions peuvent éventuellement faire l'objet d'un examen par les tribunaux en regard des principes énoncés précédemment, mais il n'y a pas lieu de les trancher ici car elles n'ont pas été soulevées.

VII—Application aux faits de l'espèce

En l'espèce, le juge Krindle a admis le témoignage rendu à l'enquête préliminaire par le pasteur Harmony Thiessen et M^{me} Janine Frovich. La Cour d'appel s'est ralliée à l'opinion du juge du procès en rejetant l'appel. Après avoir examiné l'effet de la *Charte* et de la jurisprudence, le juge Twaddle a appliqué les quatre volets du test de Wigmore de la manière suivante, aux pp. 299 et 300:

[TRADUCTION] Quant à la question du caractère confidentiel, je suis d'avis qu'on n'a satisfait à aucune des quatre conditions de Wigmore. Il se peut bien que le pasteur et la conseillère aient toutes les deux cru que leurs rapports avec l'accusée Gruenke étaient de nature confidentielle, mais il n'y a aucune preuve que l'accusée Gruenke leur a fait ses aveux confidentiellement avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués. Le pasteur et la conseillère peuvent être décrites comme des amies bienveillantes qui ont offert un soutien émotionnel et un réconfort spirituel. Même si le caractère confidentiel pouvait être un aspect souhaitable de ces rapports, je ne crois pas qu'il était essentiel de la même manière qu'il l'était pour les rapports entre le prêtre et ses paroissiens dans l'arrêt *Cook v. Carroll*, précité. De quelque manière que puissent être désignés les rapports qui existaient entre Gruenke et les membres de l'Église, d'après les faits de l'espèce, ce ne sont pas des rapports qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment. L'intérêt public dans l'entretien des rapports n'est pas important au point d'exiger l'exclusion de déclarations normalement admissibles de Gruenke à titre d'éléments de preuve dans une accusation de meurtre au premier degré.

L'avocat de l'appelante soutient que les communications étaient de nature religieuse ou spirituelle, particulièrement si l'on considère que l'appelante est

attended the Pastor's church and several counselling sessions with Ms. Frovich. The Chief Justice's recitation of the testimony reveals that the appellant approached the communications in question to determine whether "... if someone had committed murder, could God forgive that" This would support the appellant's view that the communications were, at least in part, for a spiritual or religious purpose.

However, I share the Chief Justice's view that, in the circumstances of this case, the communications did not originate in the confidence that they would not be disclosed. Although the people involved did converse in private, there is no evidence that the appellant believed or had reason to believe that the conversations were intended to be entirely confidential. It is apparent that she felt remorse and sought out comfort advice and guidance from her religious leaders. Yet, the evidence does not suggest an expectation of complete confidentiality. Rather, the testimony suggests that the appellant herself was preparing to divulge all the information the next day and wanted to tell her (later) co-accused, Mr. Fosty, of her intentions.

I want to reiterate, at this point, that the absence of a church practice of confession of sin is not, in my view, determinative of the question of confidentiality. In any event, I agree with the Chief Justice that the evidence in this case does not attract the privilege of religious communications, although, arguably the communication was made for a religious or spiritual purpose.

Since I agree with the Chief Justice regarding the other grounds of appeal, I would dispose of this appeal as he suggests.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Allan S. Manson, Kingston.

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

allée à l'église du pasteur et a assisté à plusieurs sessions d'assistance socio-psychologique avec M^{me} Frovich. L'extrait de la preuve que cite le Juge en chef révèle que l'appelante a fait les communications en question pour déterminer si [TRADUCTION] «... une personne qui avait commis un meurtre pouvait être pardonnée par Dieu...» Cet extrait est de nature à appuyer la prétention de l'appelante selon laquelle les communications ont été faites, du moins en partie, à des fins spirituelles ou religieuses.

Toutefois, je partage l'opinion du Juge en chef que, dans les circonstances de l'espèce, les communications n'ont pas été faites confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Bien que les personnes visées aient effectivement parlé en privé, il n'y a aucune preuve que l'appelante croyait ou avait des raisons de croire que les conversations seraient entièrement confidentielles. Il est évident qu'elle avait des remords et qu'elle cherchait un réconfort et des conseils auprès de ses autorités religieuses. Toutefois, il ne ressort pas de la preuve qu'elle s'attendait au secret complet. Plutôt, le témoignage laisse entendre que l'appelante elle-même était prête à divulguer tous les renseignements le lendemain et voulait faire part de ses intentions à celui qui, par la suite, devait être son coaccusé, M. Fosty.

À ce stade, je tiens à réitérer que l'absence de pratique de confession des péchés dans une Église donnée n'est pas, à mon avis déterminante quant au caractère confidentiel de la communication. De toute façon, je souscris à l'opinion du Juge en chef selon laquelle la preuve en l'espèce n'entraîne pas l'application du privilège relatif aux communications religieuses, bien qu'on puisse soutenir que la communication a été faite à des fins religieuses ou spirituelles.

D'accord avec le Juge en chef en ce qui a trait aux autres moyens d'appel, je suis d'avis de statuer sur le présent pourvoi comme il le suggère.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Allan S. Manson, Kingston.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

The Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State for External Affairs *Appellants*

v.

Debora Bhatnager *Respondent*

INDEXED AS: BHATNAGER v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 20771.

1991: October 2; 1991: October 17.

Present: Sopinka J.

APPLICATION FOR REVIEW OF TAXATION OF COSTS

Practice — Taxation of costs — Application to a judge for review of registrar's decision — No error in principle found — Amount of time for preparation reasonable — Application dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 62.

Cases Cited

Referred to: *Cohen v. Kealey & Blaney* (1985), 26 C.P.C. (2d) 211.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 60, 62.

APPLICATION to review taxation of costs by Registrar. Application dismissed.

Eric Bowie, Q.C., and *Alain Préfontaine*, for the appellants.

Leonard Shore, for the respondent.

The following are the reasons for the order delivered by

SOPINKA J.—This is an application pursuant to r. 62 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, to review the taxation of costs of the appeal herein by the Registrar. Judgment in the

Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le secrétaire d'État aux Affaires extérieures *Appellants*

^a c.

Debora Bhatnager *Intimée*

^b RÉPERTORIÉ: BHATNAGER c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 20771.

1991: 2 octobre; 1991: 17 octobre.

^c Présent: Le juge Sopinka.

REQUÊTE EN RÉVISION DE LA TAXATION DES DÉPENS

^d *Pratique — Taxation des dépens — Requête en révision de la décision du registraire adressée à un juge — Absence d'erreur de principe — Caractère raisonnable du temps consacré à la préparation du pourvoi — Requête rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 62.*

Jurisprudence

^f Arrêt mentionné: *Cohen v. Kealey & Blaney* (1985), 26 C.P.C. (2d) 211.

Lois et règlements cités

^g *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 60, 62.

REQUÊTE en révision de la taxation des dépens par le registraire. Requête rejetée.

^h *Eric Bowie, c.r.*, et *Alain Préfontaine*, pour les appelants.

Leonard Shore, pour l'intimée.

ⁱ Version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE SOPINKA—Il s'agit d'une requête fondée sur l'art. 62 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, en vue de la révision de la taxation des dépens établie par le registraire dans le

appeal awarded costs to the respondent on a solicitor and client basis: [1990] 2 S.C.R. 217. The Registrar taxed the bills of costs and, after objection was taken pursuant to r. 60, she reconsidered the matter but reaffirmed her decision.

The issue on this review is whether the amount of time for preparation of the factum and the oral argument was reasonable. Counsel for the appellants submitted that the Registrar erred in principle by taxing the bills of costs on the basis of what would be fair and reasonable as between the client and her solicitors. He suggested that the Registrar ought to have applied the factors listed in *Cohen v. Kealey & Blaney* (1985), 26 C.P.C. (2d) 211 (Ont. C.A.). The second error suggested by the appellants was that the Registrar failed to exercise her discretion when she deferred to counsel with respect to the time required for preparation. Counsel for the respondent submitted that the appellants were urging the Court to substitute its opinion for that of the Registrar and that there had been no error in principle.

Rule 62 authorizes a review of the decision of the Registrar and not an appeal. A judge of this Court should not generally interfere with the decision of the Registrar simply on the basis of a difference of opinion as to the proper amount to be allowed. Rather, there must be an error in principle or the Registrar must be shown to be clearly wrong in the amount allowed.

In her reasons the Registrar observed that while the time allowed for preparation can be reduced, experienced counsel are in the best position to evaluate the time required to prepare for an appeal. The Registrar reviewed the individual items in the bill that were disputed and concluded that in light of the factors in *Cohen* the billing of the respondent in respect to preparation could not be considered inordinately high.

The fact that experienced counsel are in the best position to evaluate the time required for preparation does not mean that the Registrar is bound to accept such an estimate. It is a factor to be considered along

pourvoi en cause. Le jugement rendu dans le pourvoi a accordé à l'intimée ses dépens sur la base procureur-client: [1990] 2 R.C.S. 217. Le registraire a taxé les mémoires de frais et, après la présentation d'une contestation fondée sur l'art. 60, elle a reconsidéré la question mais a confirmé sa décision.

Dans la présente révision, la question est de savoir si le temps compté pour la préparation du mémoire et de la plaidoirie était raisonnable. L'avocat des appellants a allégué que le registraire a commis une erreur de principe en taxant les mémoires de frais en fonction de ce qui serait juste et raisonnable entre la cliente et ses procureurs. Il a soutenu que le registraire aurait dû appliquer les facteurs énumérés dans l'arrêt *Cohen v. Kealey & Blaney* (1985), 26 C.P.C. (2d) 211 (C.A. Ont.). La seconde erreur évoquée par les appellants viendrait du fait que le registraire n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle s'en est remise à l'avocat en ce qui concerne le temps requis pour la préparation. Les avocats de l'intimée ont prétendu que les appelants pressaient la Cour de substituer son opinion à celle du registraire et qu'il n'y avait pas eu d'erreur de principe.

L'article 62 permet une révision de la décision du registraire et non pas un appel. Un juge de notre Cour ne devrait pas en général intervenir dans la décision du registraire uniquement en raison d'une divergence d'opinions quant au montant exact à accorder. Il doit y avoir une erreur de principe ou l'on doit prouver que le registraire s'est manifestement trompée au sujet du montant accordé.

Dans ses motifs, le registraire a fait remarquer que, bien que le temps accordé pour la préparation puisse être réduit, les avocats d'expérience sont les mieux placés pour estimer le temps nécessaire à la préparation d'un pourvoi. Le registraire a révisé chacun des postes du mémoire de frais qui étaient contestés et a conclu que, compte tenu des facteurs mentionnés dans l'arrêt *Cohen*, le montant indiqué par l'intimée relativement à la préparation de l'affaire ne pouvait pas être considéré comme excessif.

Le fait que les avocats d'expérience sont les mieux placés pour estimer le temps nécessaire à la préparation d'un pourvoi ne signifie pas que le registraire est tenue d'accepter une telle estimation. C'est un facteur

with the other factors listed in the *Cohen* case in reaching a determination as to whether the billing is reasonable. I am satisfied that this is what the Registrar did and that she did not err in principle.

Although the total time spent seems high for this type of case, the solicitors have particularized how the time was spent. These items were carefully reviewed individually by the Registrar. Counsel for the appellants was invited to challenge any particular item but candidly admitted that he was unable to show that any one item was unreasonable. Review of these items discloses that not all the time recorded was for preparation of the factum and the oral argument but included other matters including leave to appeal, preparation of the case, and virtually all the time spent from application for leave to the rendering of judgment. Neither any individual item nor the total is so high that I am able to say that the Registrar was clearly wrong or that it is the result of an error in principle.

For these reasons the application is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.

à prendre en considération en plus des autres facteurs énumérés dans l'arrêt *Cohen* pour en arriver à déterminer si le montant indiqué est raisonnable. Je suis convaincu que c'est ce qu'a fait le registraire et qu'elle n'a pas commis d'erreur de principe.

Bien que le temps consacré globalement au pourvoi semble long pour ce genre d'affaire, les procureurs ont détaillé la répartition du temps en question. Chacun des postes a été révisé soigneusement par le registraire. L'avocat des appelants a été invité à contester tout poste en particulier, mais il a admis avec franchise ne pas pouvoir prouver que l'un quelconque d'entre eux n'était pas raisonnable. Il ressort de la révision de ces postes que tout le temps inscrit n'a pas servi à la préparation du mémoire et de la plaidoirie mais qu'il comprenait d'autres questions, dont l'autorisation de pourvoi, la préparation de l'affaire et pratiquement tout le temps consacré depuis la demande d'autorisation de pourvoi jusqu'au prononcé de l'arrêt. Ni le montant total ni aucun poste particulier ne sont élevés au point que je puisse dire que le registraire s'est manifestement trompée ou que c'est le résultat d'une erreur de principe.

Pour ces motifs, la requête est rejetée avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Ruby & Edwardh, Toronto.

Faouzi Merchand Meddoui *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MEDDOUI

File No.: 22126.

1991: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Witnesses — Cross-examination — Proposed line of questioning relating to collateral matter — Relevance tenuous — Trial judge properly excluding cross-examination — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal rendered on May 10, 1990, dismissing appellant's appeal against his conviction by Wachowich J. on a charge of abduction. Appeal dismissed.

Thomas M. Engel, for the appellant.

K. E. Tjosvold, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Tjosvold. The Court has reached a decision. Justice Sopinka will pronounce the judgment of the Court.

SOPINKA J.—With respect to the first two points argued, we are in substantial agreement with the reasons of the Court of Appeal.

With respect to the ground relating to cross-examination, the proposed line of questioning related to a collateral matter. Furthermore, its relevance was extremely tenuous and while wide latitude is permitted in cross-examination in a criminal case, the trial

Faouzi Merchand Meddoui *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MEDDOUI

^b N° du greffe: 22126.

1991: 29 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Droit criminel — Preuve — Témoins — Contre-interrogatoire — Genre de questions proposées se rapportant à un fait incident — Faible pertinence — Exclusion à bon droit par le juge du procès du contre-interrogatoire — Maintien de la déclaration de culpabilité.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui, le 10 mai 1990, a rejeté l'appel interjeté par l'appellant contre sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Wachowich relativement à une accusation d'enlèvement. Pourvoi rejeté.

^f *Thomas M. Engel*, pour l'appellant.

K. E. Tjosvold, pour l'intimée.

^g Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Tjosvold. La Cour en est arrivée à une décision. Le juge Sopinka va prononcer le jugement de la Cour.

ⁱ LE JUGE SOPINKA—Quant aux deux premiers moyens invoqués, nous sommes essentiellement d'accord avec les motifs de la Cour d'appel.

^j En ce qui concerne le moyen relatif au contre-interrogatoire, le genre de questions proposées se rapportaient à un fait incident. En outre, elles étaient extrêmement peu pertinentes et, bien qu'une grande latitude soit permise lors du contre-interrogatoire en

judge properly exercised his discretion in excluding the cross-examination.

matière criminelle, le juge du procès a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en excluant le contre-interrogatoire.

The appeal is therefore dismissed.

a Le pourvoi est donc rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Molstad, Gilbert, Edmonton.

Procureurs de l'appelant: Molstad, Gilbert, b Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Alberta, Edmonton.

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

H. F. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. F. (H.)

File No.: 21965.

1991: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Trial judge admitting prior statements by complainant — Statements admissible to rebut allegation of recent fabrication — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 105 A.R. 135, 55 C.C.C. (3d) 286, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of rape. Appeal dismissed.

*Terence C. Semenuk and Mitchell Stephensen, for the appellant.**Earl C. Wilson, for the respondent.*The judgment of the Court was delivered orally by ^h

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Wilson. The Court is ready to render judgment. This is an appeal as of right from the Court of Appeal of Alberta. We are all of the view that the appeal should be dismissed for the reasons given by Justice Stevenson in the Court of Appeal.

Accordingly, the appeal is dismissed.

H. F. Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. F. (H.)

N^o du greffe: 21965.^b

1991: 31 octobre.

^c Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

^d *Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Utilisation par le juge du procès de déclarations antérieures faites par le plaignant — Déclarations admissibles pour réfuter l'allégation de fabrication récente — Déclaration de culpabilité maintenue.*^e^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 105 A.R. 135, 55 C.C.C. (3d) 286, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de viol. Pourvoi rejeté.^g *Terence C. Semenuk et Mitchell Stephensen, pour l'appellant.**Earl C. Wilson, pour l'intimée.*^h Version française du jugement de la Cour rendu oralement parⁱ LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Wilson. La Cour est prête à rendre jugement. Il s'agit d'un pourvoi de plein droit en provenance de la Cour d'appel de l'Alberta. Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté pour les motifs exposés par le juge Stevenson de la Cour d'appel.^j

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Singleton, Urquhart,
Macdonald, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Earl C. Wilson, Cal-
gary.*

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appellant: Singleton, Urquhart,
Macdonald, Calgary.*

Procureur de l'intimée: Earl C. Wilson, Calgary.

Albert Stewart *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STEWART

File No.: 22257.

1991: November 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sentencing — Parole ineligibility — Accused convicted of first degree murder following new trial — Sentence of life imprisonment without parole eligibility for 25 years imposed under transitional provisions of criminal law amendment act — Parole ineligibility at time of first trial was 10 to 20 years — Accused not sentenced and convicted under wrong law — Accused's detention lawful under transitional provision — Appeal dismissed.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 109 A.R. 53, dismissing the accused's appeal from the dismissal of his application for habeas corpus with *certiorari* in aid. Appeal dismissed.

Mona T. Duckett, for the appellant.

I. G. Whitehall, Q.C., and *L. M. Huculak*, for the respondent.

Albert Stewart *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. STEWART

^b N° du greffe: 22257.

1991: 6 novembre.

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

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

^d *Droit criminel — Prononcé de la sentence — Inadmissibilité à la libération conditionnelle — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré à la suite d'un nouveau procès — Peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans prononcée en vertu des dispositions transitoires d'une loi modifiant le droit criminel — Période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 10 à 20 ans à l'époque du premier procès — Accusé non reconnu coupable et condamné en vertu d'une loi inapplicable — Légalité de la détention de l'accusé aux termes d'une disposition transitoire — Pourvoi rejeté.*

Jurisprudence

^g **Distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

Lois et règlements cités

^h *Charte canadienne des droits et libertés.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 109 A.R. 53, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre le rejet de sa demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Pourvoi rejeté.

Mona T. Duckett, pour l'appelant.

^j *I. G. Whitehall, c.r.*, et *L. M. Huculak*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—Mrs. Duckett, I will depart from our usual practice, to say how much we appreciated your advocacy. Nevertheless, we are all of the view that this appeal fails, substantially for the reasons set forth by the Court of Appeal.

This case does not come within the principle in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, where the accused was convicted and sentenced under the wrong law. The detention of the appellant in this case is lawful as a result of a transitional provision, the validity and constitutionality of which were not attacked and could not be attacked because that would have resulted in a retrospective application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

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

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—M^e Duckett, je vais m'écarter de notre pratique habituelle pour vous dire combien nous avons apprécié votre plaidoyer. Néanmoins, nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit échouer, et ce, essentiellement pour les raisons exposées par la Cour d'appel.

Le principe de l'arrêt *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, où l'accusée avait été reconnue coupable et condamnée en vertu d'une loi inapplicable, ne s'applique pas à la présente affaire. La détention de l'appellant, en l'espèce, est légale à cause d'une disposition transitoire dont la validité et la constitutionnalité n'ont pas été attaquées et ne pouvaient l'être parce qu'il en aurait résulté une application rétroactive de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Royal, McCrum, Duckett & Glancy, Edmonton.

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

William B. Stinchcombe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STINCHCOMBE

File No.: 21904.

1991: May 2; 1991: November 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Crown's obligation to make disclosure to defence — Witness favourable to accused interviewed by police — Crown not calling witness and refusing to produce statements obtained — Whether Crown obliged to disclose statements.

The accused, a lawyer, was charged with breach of trust, theft and fraud. A former secretary of his was a Crown witness at the preliminary inquiry, where she gave evidence apparently favourable to the defence. After the preliminary inquiry but prior to trial, the witness was interviewed by an RCMP officer and a tape-recorded statement was taken. Later, during the course of the trial, the witness was again interviewed by a police officer and a written statement taken. Defence counsel was informed of the existence but not of the content of the statements. His requests for disclosure were refused. During the trial defence counsel learned conclusively that the witness would not be called by the Crown and sought an order that the witness be called or that the Crown disclose the contents of the statements to the defence. The trial judge dismissed the application. The trial proceeded and the accused was convicted of breach of trust and fraud. Conditional stays were entered with respect to the theft counts. The Court of Appeal affirmed the convictions without giving reasons.

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

The Crown has a legal duty to disclose all relevant information to the defence. The fruits of the investigation which are in its possession are not the property of

William B. Stinchcombe *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. STINCHCOMBE

N^o du greffe: 21904.

^b

1991: 2 mai; 1991: 7 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^c

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

Droit criminel — Preuve — Obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense — Témoin favorable à l'accusé interrogé par la police — Le ministère public n'a pas cité ce témoin et a refusé de produire les déclarations obtenues de lui — Le ministère public est-il tenu de divulguer les déclarations?

L'accusé, un avocat, a été inculpé d'abus de confiance, de vol et de fraude. Une ancienne secrétaire de l'accusé a été témoin à charge à l'enquête préliminaire où sa déposition semble avoir été favorable à la défense. Après l'enquête préliminaire, mais avant le procès, le témoin a été interrogé par un agent de la GRC et a fait une déclaration qui a été enregistrée sur bande magnétique. Plus tard, pendant le procès, le témoin a été interrogé de nouveau par un agent de police qui a recueilli une déclaration écrite. L'avocat de la défense a été informé de l'existence, mais non du contenu, des déclarations. Ses demandes de divulgation ont été rejetées. Au cours du procès, l'avocat de la défense a appris avec certitude que le témoin ne serait pas cité à déposer par le ministère public et a présenté une requête visant à faire citer le témoin ou à obliger le ministère public à divulguer à la défense la teneur des déclarations en cause. Le juge du procès a rejeté cette requête. Le procès a suivi son cours et l'accusé a été reconnu coupable d'abus de confiance et de fraude. Des sursis conditionnels à l'exécution de la peine ont été inscrits relativement aux accusations de vol. La Cour d'appel a confirmé les verdicts de culpabilité sans motiver sa décision.

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

Le ministère public est tenu en droit de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents. Les fruits de l'enquête qui se trouvent en sa possession n'appartiennent

the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. The obligation to disclose is subject to a discretion with respect to the withholding of information and to the timing and manner of disclosure. Crown counsel has a duty to respect the rules of privilege and to protect the identity of informers. A discretion must also be exercised with respect to the relevance of information. The Crown's discretion is reviewable by the trial judge, who should be guided by the general principle that information should not be withheld if there is a reasonable possibility that this will impair the right of the accused to make full answer and defence. The absolute withholding of information which is relevant to the defence can only be justified on the basis of the existence of a legal privilege which excludes the information from disclosure. This privilege is reviewable, however, on the ground that it is not a reasonable limit on the right to make full answer and defence in a particular case.

Counsel for the accused must bring to the trial judge's attention at the earliest opportunity any failure of which Crown to comply with its duty to disclose of which counsel becomes aware. This will enable the trial judge to remedy any prejudice to the accused if possible and thus avoid a new trial.

Initial disclosure should occur before the accused is called upon to elect the mode of trial or plead. Subject to the Crown's discretion, all relevant information must be disclosed, both that which the Crown intends to introduce into evidence and that which it does not, and whether the evidence is inculpatory or exculpatory. All statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced, even if they are not proposed as Crown witnesses. Where statements are not in existence, other information such as notes should be produced. If there are no notes, all information in the prosecution's possession relating to any relevant evidence the person could give should be supplied.

ne pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. L'obligation de divulguer est assujettie à un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment et de la forme de cette divulgation. Il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret et de taire l'identité des indicateurs. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence des renseignements. Le pouvoir discrétionnaire du ministère public peut faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès qui doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le refus absolu de divulguer des renseignements pertinents pour la défense ne peut se justifier que par l'existence d'un droit au secret qui soustrait ces renseignements à la divulgation. Ce droit au secret peut toutefois faire l'objet d'un examen pour le motif qu'il ne constitue pas une restriction raisonnable du droit de présenter une défense pleine et entière dans un cas particulier.

Quand l'avocat de l'accusé prend connaissance d'une omission du ministère public de respecter son obligation de divulguer, celui-ci doit, dès que possible, signaler cette omission au juge du procès. Cela permettra au juge du procès de remédier, autant que faire se peut, à tout préjudice causé à l'accusé et d'éviter ainsi un nouveau procès.

La communication initiale de la preuve devrait avoir lieu avant que l'accusé ne soit appelé à choisir son mode de procès où à présenter son plaidoyer. Sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, tous les renseignements pertinents doivent être divulgués, aussi bien ceux que le ministère public entend produire en preuve que ceux qu'il n'a pas l'intention de produire, peu importe qu'ils constituent une preuve inculpatoire ou bien disculpatoire. Toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge. Lorsqu'il n'existe pas de déclarations, il faut produire d'autres renseignements tels que des notes. En l'absence de notes, il faut divulguer tous les renseignements que possède la poursuite au sujet de tous les éléments de preuve pertinents pouvant être fournis par la personne en question.

Crown counsel was not justified in refusing disclosure here on the ground that the witness was not worthy of credit: whether the witness is credible is for the trial judge to determine after hearing the evidence. The trial judge ought to have examined the statements. Since the information withheld might have affected the outcome of the trial, the failure to disclose impaired the right to make full answer and defence. There should be a new trial at which the statements are produced.

Cases Cited

Referred to: *Cunliffe v. Law Society of British Columbia* (1984), 40 C.R. (3d) 67; *Savion v. The Queen* (1980), 13 C.R. (3d) 259; *R. v. Bourget* (1987), 56 C.R. (3d) 97; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, aff'g (1988), 46 C.C.C. (3d) 142; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Manion*, [1986] 2 S.C.R. 272.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 294(a), 296, 338(1)(a).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 334(a), 336, 380(1)(a), 482, 603.
Criminal Justice Act 1967 (U.K.), 1967, c. 80.

Authors Cited

Bench and Bar Council of Ontario. Special Committee on Preliminary Hearings. *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*. Toronto: Bench and Bar Council of Ontario, 1982.
 Canada. Law Reform Commission. Report 22. *Disclosure by the Prosecution*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Le substitut du procureur général n'était pas justifié, en l'espèce, de refuser la divulgation pour le motif que le témoin n'était pas digne de foi: il appartient au juge du procès de décider de la crédibilité du témoin après avoir entendu la preuve. Le juge du procès aurait dû examiner les déclarations. Comme les renseignements non divulgués auraient pu influencer sur l'issue du procès, l'omission de divulguer a porté atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit en conséquence y avoir un nouveau procès au cours duquel les déclarations en cause devront être produites.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Cunliffe v. Law Society of British Columbia* (1984), 40 C.R. (3d) 67; *Savion v. The Queen* (1980), 13 C.R. (3d) 259; *R. v. Bourget* (1987), 56 C.R. (3d) 97; *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, conf. (1988), 46 C.C.C. (3d) 142; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Manion*, [1986] 2 R.C.S. 272.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 334a), 336, 380(1)a), 482, 603.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 294a), 296, 338(1)a).
Criminal Justice Act 1967 (R.-U.), 1967, ch. 80.

Doctrine citée

Bench and Bar Council of Ontario. Special Committee on Preliminary Hearings. *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*. Toronto: Bench and Bar Council of Ontario, 1982.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 4. *Procédure pénale: la communication de la preuve*. Ottawa: Information Canada, 1974.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 4. *Criminal Procedure: Discovery*. Ottawa: Information Canada, 1974.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal affirming the judgment of Brennan J. sitting without a jury convicting the appellant of breach of trust and fraud. Appeal allowed.

William E. Code, Q.C., and *John Kingman Phillips*, for the appellant.

Daniel M. McDonald, Q.C., and *Bruce R. Fraser, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises the issue of the Crown's obligation to make disclosure to the defence. A witness who gave evidence at the preliminary inquiry favourable to the accused was subsequently interviewed by agents for the Crown. Crown counsel decided not to call the witness and would not produce the statements obtained at the interview. The trial judge refused an application by the defence for disclosure on the ground that there was no obligation on the Crown to disclose the statements. The Court of Appeal affirmed the judgment at trial and the case is here with leave of this Court.

1. Facts

The appellant was a Calgary lawyer charged with appropriating certain financial instruments from a client, one Jack Abrams. The indictment charged thirteen counts of criminal breach of trust contrary to s. 296 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 336), thirteen counts of theft contrary to s. 294(a) (now s. 334(a)) of the *Code*, and one count of fraud contrary to s. 338(1)(a) (now s. 380(1)(a)) of

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 22. *La communication de la preuve par la poursuite*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a confirmé le verdict de culpabilité d'abus de confiance et de fraude rendu contre l'appellant par le juge Brennan siégeant sans jury. Pourvoi accueilli.

William E. Code, c.r., et *John Kingman Phillips*, pour l'appelant.

Daniel M. McDonald, c.r., et *Bruce R. Fraser, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi met en cause l'obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense. Un témoin qui a fait, à l'enquête préliminaire, une déposition favorable à l'accusé a subseqüemment été interrogé par des agents du ministère public. Le substitut du procureur général a décidé de ne pas citer ce témoin et a refusé de produire les déclarations recueillies au cours de l'interrogatoire. La demande de divulgation présentée par la défense a été rejetée par le juge du procès pour le motif que le ministère public n'était nullement tenu de divulguer ces déclarations. La Cour d'appel a confirmé le jugement rendu au procès et un pourvoi a été formé avec l'autorisation de notre Cour.

1. Les faits

L'appelant est un avocat de Calgary accusé de s'être approprié certains instruments financiers appartenant à un nommé Jack Abrams, un de ses clients. L'acte d'accusation faisait état de treize infractions d'abus de confiance criminel commises en violation de l'art. 296 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 336), de treize infractions de vol commises en violation de l'al. 294a) (maintenant l'al. 334a)) du *Code* et d'une infraction de fraude commise en violation de l'al. 338(1)a) (main-

the *Code*. The trial in the Alberta Court of Queen's Bench was before Brennan J. without a jury.

The Crown alleged that the appellant had wrongfully appropriated property which he held in trust for Abrams. The defence did not contest the receipt of funds by the appellant. The defence did contend, however, that despite Stinchcombe's formal status as trustee of the property, Abrams had in fact made Stinchcombe his business partner. Under this theory, Stinchcombe had acted as he was legally entitled to act. At issue therefore was the actual, as opposed to the formal, nature of the relationship between the two men.

Patricia Lineham is a former secretary of Mr. Stinchcombe. She was a Crown witness at the preliminary inquiry. There, she gave evidence which was, apparently, very favourable to the defence regarding the conduct of Abrams. The precise content of this testimony was not before the trial judge and is not in the record. Lineham was not listed on the indictment, but was subpoenaed by the Crown.

After the preliminary inquiry but prior to the trial, Lineham was interviewed by an RCMP officer. A tape-recorded statement was taken. Crown counsel informed defence counsel of the existence but not the content of this statement. A request for disclosure was refused. Later, during the course of the trial, Lineham was again interviewed by a police officer and a written statement taken. Again, though defence counsel was advised of the existence of the statement, a request for disclosure was refused. Crown counsel also indicated that he would not be calling Lineham as she was not worthy of credit.

It was not until the third day of the trial that defence counsel learned conclusively that Lineham would not be called by the Crown. At this time, he moved before the trial judge for an order that (i) the Crown call the witness, or (ii) the Court call the witness, or (iii) the Crown disclose the contents of the statements to the defence. A review of the record

tenant l'al. 380(1)a)) du *Code*. Le procès s'est déroulé en Cour du Banc de la Reine de l'Alberta devant le juge Brennan siégeant sans jury.

Le ministère public alléguait que l'appelant s'était illicitement approprié des biens qu'il détenait en fiducie pour Abrams. La défense n'a pas nié la réception de fonds par l'appelant, mais elle a fait valoir, toutefois, qu'Abrams avait fait de Stinchcombe son associé d'affaires même si ce dernier était officiellement fiduciaire des biens en question. Suivant cette théorie, Stinchcombe avait agi de manière tout à fait légale. Le litige porte en conséquence sur la nature réelle, plutôt qu'apparente, des rapports entre les deux hommes.

Patricia Lineham, une ancienne secrétaire de M^e Stinchcombe, a été témoin à charge à l'enquête préliminaire, où sa déposition relative à la conduite d'Abrams semble avoir été très favorable à la défense. Comme ce témoignage n'a pas été produit devant le juge du procès, son contenu ne figure pas au dossier. Lineham n'était pas nommée dans l'acte d'accusation, mais elle a été assignée à témoigner par le ministère public.

Après l'enquête préliminaire, mais avant le procès, Lineham a été interrogée par un agent de la GRC. Elle a fait une déclaration qui a été enregistrée sur bande magnétique. Le substitut du procureur général a informé l'avocat de la défense de l'existence mais non de la teneur de cette déclaration. Une demande de divulgation a été rejetée. Plus tard, pendant le procès, Lineham a été interrogée de nouveau par un agent de police qui a recueilli une déclaration écrite. Encore une fois, quoique l'avocat de la défense ait été mis au courant de l'existence de la déclaration, une demande de divulgation a été rejetée. En outre, le substitut du procureur général a indiqué qu'il ne ferait pas témoigner Lineham parce qu'elle n'était pas digne de foi.

Ce n'est que le troisième jour du procès que l'avocat de la défense a appris avec certitude que Lineham ne serait pas citée à témoigner par le ministère public. Il a donc saisi alors le juge du procès d'une requête visant à obtenir soit (i) que le ministère public cite le témoin, soit (ii) que la cour cite le témoin, soit (iii) que le ministère public divulgue à la défense la

makes it clear that defence counsel was pressing for access to, or production of, both the tape-recorded and written statements and was not pressing the alternative requests. In support of this motion, counsel for the defendant indicated that Ms. Lineham refused to speak to him or his staff when they attempted to interview her about the contents of the statements. Crown counsel did not provide any basis for resisting production other than to say that in his view the potential witness was not worthy of credit.

The trial judge dismissed the application. Brennan J. ruled that under the circumstances there was no obligation on the Crown to call the witness and that there was no obligation on the Crown to disclose the contents of the statements. The trial proceeded, and the accused was found guilty of all twenty-seven counts charged. A conditional stay was entered with respect to the thirteen theft counts. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal from conviction without issuing reasons. Leave to appeal to this Court was granted on the disclosure issue.

During argument before this Court, an application was made by the Crown to adduce the statements and the tape as fresh evidence. This application was rejected. The principal basis for the rejection was that at this stage it would be impossible to determine whether the statements would have been material to the defence if produced at trial.

2. Crown's Obligation to Disclose

The circumstances which give rise to this case are testimony to the fact that the law with respect to the duty of the Crown to disclose is not settled. A number of cases have addressed some aspects of the subject. See, for example, *Cunliffe v. Law Society of British Columbia* (1984), 40 C.R. (3d) 67 (B.C.C.A.); *Savion v. The Queen* (1980), 13 C.R. (3d) 259 (Ont. C.A.); *R. v. Bourget* (1987), 56 C.R. (3d) 97 (Sask. C.A.). No case in this Court has made a comprehen-

teneur des déclarations en cause. Il se dégage clairement du dossier que l'avocat de la défense tenait à la divulgation ou à la production de la déclaration écrite et de celle enregistrée sur bande magnétique et qu'il n'insistait pas sur les demandes subsidiaires. À l'appui de sa requête, l'avocat de la défense a indiqué que M^{me} Lineham avait refusé de parler à lui ou à son personnel lorsqu'ils ont tenté de l'interroger au sujet du contenu des déclarations. Quant au substitut du procureur général, il n'a pas motivé son opposition à la production autrement que par l'observation que, selon lui, le témoin éventuel n'était pas digne de foi.

Le juge du procès a rejeté la requête. Le juge Brennan a statué en effet que, dans les circonstances, il n'incombait aucunement au ministère public de citer le témoin et que le ministère public n'était nullement obligé de divulguer le contenu des déclarations. Le procès a suivi son cours et l'accusé a été reconnu coupable relativement à chacun des vingt-sept chefs d'accusation portés contre lui. Un sursis conditionnel à l'exécution de la peine a été inscrit en ce qui concerne les treize accusations de vol. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté, sans motiver sa décision, l'appel interjeté contre le verdict de culpabilité. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée relativement à la question de la divulgation des déclarations.

Au cours des débats devant notre Cour, le ministère public a demandé à produire la déclaration écrite et celle enregistrée sur bande magnétique à titre de nouveaux éléments de preuve. Cette demande a été rejetée principalement en raison de l'impossibilité, à ce stade-là, de déterminer si les déclarations auraient été pertinentes à la défense si elles avaient été produites au procès.

2. L'obligation de divulguer du ministère public

Les circonstances à l'origine de la présente affaire témoignent de l'incertitude du droit en ce qui a trait à l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public. Il y a un certain nombre d'arrêts où sont abordés certains aspects de ce sujet. Voir, par exemple, *Cunliffe v. Law Society of British Columbia* (1984), 40 C.R. (3d) 67 (C.A.C.-B.); *Savion v. The Queen* (1980), 13 C.R. (3d) 259 (C.A. Ont.); *R. v. Bourget* (1987), 56 C.R. (3d) 97 (C.A. Sask.). Aucun

sive examination of the subject. The Law Reform Commission of Canada, in a 1974 working paper titled *Criminal Procedure: Discovery* (the "1974 Working Paper") and a 1984 report titled *Disclosure by the Prosecution* (the "1984 Report"), recommended comprehensive schemes regulating disclosure by the Crown but no legislative action has been taken implementing the proposals. Apart from the limited legislative response contained in s. 603 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, enacted in the 1953-54 overhaul of the *Code* (which itself condensed pre-existing provisions), legislators have been content to leave the development of the law in this area to the courts.

Production and discovery were foreign to the adversary process of adjudication in its earlier history when the element of surprise was one of the accepted weapons in the arsenal of the adversaries. This applied to both criminal and civil proceedings. Significantly, in civil proceedings this aspect of the adversary process has long since disappeared, and full discovery of documents and oral examination of parties and even witnesses are familiar features of the practice. This change resulted from acceptance of the principle that justice was better served when the element of surprise was eliminated from the trial and the parties were prepared to address issues on the basis of complete information of the case to be met. Surprisingly, in criminal cases in which the liberty of the subject is usually at stake, this aspect of the adversary system has lingered on. While the prosecution bar has generally co-operated in making disclosure on a voluntary basis, there has been considerable resistance to the enactment of comprehensive rules which would make the practice mandatory. This may be attributed to the fact that proposals for reform in this regard do not provide for reciprocal disclosure by the defence (see 1974 Working Paper at pp. 29-31; 1984 Report

arrêt de notre Cour ne contient une étude exhaustive du sujet. Dans un document de travail de 1974, intitulé *Procédure pénale: la communication de la preuve* (le «document de travail de 1974»), et dans un rapport de 1984, intitulé *La communication de la preuve par la poursuite* (le «rapport de 1984»), la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé l'adoption de régimes complets de réglementation de la communication de la preuve par le ministère public, mais aucune mesure législative n'a été prise afin de mettre en œuvre ces propositions. Abstraction faite de la mesure de portée limitée prévue à l'art. 603 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, adopté lors de la refonte de 1953-1954 du *Code* (qui lui-même constituait un résumé de dispositions préexistantes), les législateurs se sont contentés de laisser aux tribunaux le soin de concevoir des règles de droit dans ce domaine.

À l'époque où le système accusatoire en était encore à ses débuts, la production et la communication de la preuve lui étaient étrangères et la surprise constituait alors une arme acceptée dans l'arsenal des parties au litige. C'était le cas en matière tant criminelle que civile. Fait révélateur, dans les instances civiles, cet aspect du système accusatoire est depuis longtemps disparu, si bien que la communication intégrale des documents et l'interrogatoire oral des parties, et même des témoins, sont des éléments familiers de la pratique. Ce changement a résulté de l'acceptation du principe selon lequel il vaut mieux, dans l'intérêt de la justice, que l'élément de surprise soit éliminé du procès et que les parties soient prêtes à débattre les questions litigieuses sur le fondement de renseignements complets concernant la preuve à réfuter. Étonnamment, dans les instances criminelles, où c'est généralement la liberté de l'accusé qui est en jeu, cet aspect du système accusatoire subsiste. Quoique le ministère public se soit montré, en règle générale, coopératif en communiquant volontairement sa preuve, il a manifesté passablement de résistance à l'adoption de règles détaillées qui rendraient cette pratique obligatoire. Cela peut s'expliquer par le fait que les propositions de réforme dans ce domaine ne prévoient pas également la divulgation par la défense (voir le document de travail de 1974, aux pp. 30 à 32; le rapport de 1984, aux pp. 13 à 15; le

at pp. 13-15; Marshall Commission Report, *infra*, Vol. 1, at pp. 242-44).

rapport de la commission Marshall, *infra*, vol. 1, aux pp. 242 à 244).

It is difficult to justify the position which clings to the notion that the Crown has no legal duty to disclose all relevant information. The arguments against the existence of such a duty are groundless while those in favour, are, in my view, overwhelming. The suggestion that the duty should be reciprocal may deserve consideration by this Court in the future but is not a valid reason for absolving the Crown of its duty. The contrary contention fails to take account of the fundamental difference in the respective roles of the prosecution and the defence. In *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, Rand J. states, at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

I would add that the fruits of the investigation which are in the possession of counsel for the Crown are not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role.

a Il est difficile de justifier le point de vue de ceux qui s'accrochent à l'idée que le ministère public n'a en droit aucune obligation de divulguer tous les renseignements pertinents. Les arguments avancés pour nier l'existence d'une telle obligation sont sans fondement tandis que ceux militant en sa faveur s'avèrent, à mon sens, accablants. L'assertion que cette obligation devrait être réciproque peut mériter que notre Cour s'y arrête à une autre occasion, mais ne constitue pas un motif valable de libérer le ministère public de son obligation. L'argument contraire ne tient pas compte de la différence fondamentale entre les rôles respectifs de la poursuite et de la défense. Dans l'arrêt *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, le juge Rand affirme, aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

h J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle.

Other grounds advanced by advocates of the absence of a general duty to disclose all relevant information are that it would impose onerous new obligations on the Crown prosecutors resulting in increased delays in bringing accused persons to trial. This ground is not supported by the material in the record. As I have already observed, disclosure is presently being made on a voluntary basis. The extent of disclosure varies from province to province, from jurisdiction to jurisdiction and from prosecutor to prosecutor. The adoption of uniform, comprehensive rules for disclosure by the Crown would add to the work-load of some Crown counsel but this would be offset by the time saved which is now spent resolving disputes such as this one surrounding the extent of the Crown's obligation and dealing with matters that take the defence by surprise. In the latter case an adjournment is frequently the result of non-disclosure or more time is taken by a defence counsel who is not prepared. There is also compelling evidence that much time would be saved and therefore delays reduced by reason of the increase in guilty pleas, withdrawal of charges and shortening or waiver of preliminary hearings. The 1984 Report (at pp. 6-9) refers to several experimental projects which were established after the publication of the 1974 Working Paper in order to test the viability of pre-trial disclosure. The result of these experiments, and in particular the Montreal experiment, which was the most exhaustively evaluated, was that there was a significant increase in the number of cases settled and pleas of guilty entered or charges withdrawn.

In England, under the provisions of the *Criminal Justice Act 1967* (U.K.), 1967, c. 80, a "packet" of material is furnished to defence counsel. The provision of such material has led to a reduction in the length and number of preliminary hearings in that jurisdiction: *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*, Bench and Bar Council of Ontario (1982), at pp. 12-15.

Les partisans de l'absence d'un devoir général de divulguer tous les renseignements pertinents font valoir en outre que cela imposerait aux substituts du procureur général des obligations à la fois nouvelles et lourdes, ce qui ferait en sorte que les accusés se verraient contraints d'attendre encore plus longtemps pour être jugés. Cette justification n'est pas appuyée par les documents versés au dossier. Comme je l'ai déjà fait remarquer, la divulgation se fait actuellement sur une base volontaire. L'étendue de cette divulgation varie d'une province à l'autre, d'un ressort à l'autre et d'un poursuivant à l'autre. L'adoption de règles uniformes et détaillées en matière de communication de la preuve par le ministère public augmenterait la charge de travail de certains substituts du procureur général, ce qui serait toutefois compensé par l'économie du temps actuellement consacré à résoudre des litiges comme celui-ci concernant l'étendue de l'obligation du ministère public et portant sur des points qui prennent la défense au dépourvu. Dans ce dernier cas, la non-divulgation entraîne souvent l'ajournement ou fait en sorte que l'avocat de la défense, qui n'est pas prêt, prend davantage de temps. Il y a en outre une preuve convaincante que l'augmentation du nombre de plaidoyers de culpabilité et d'accusations retirées ainsi que le raccourcissement des enquêtes préliminaires ou la renonciation à en tenir permettraient de réaliser de grandes économies de temps et de réduire en conséquence les retards. Le rapport de 1984 (aux pp. 6 à 10) fait état de plusieurs expériences-pilotes mises sur pied après la publication du document de travail de 1974 afin de vérifier la viabilité de la communication de la preuve avant le procès. Par suite de ces expériences, et en particulier, de celle menée à Montréal qui a fait l'objet des évaluations les plus poussées, on a constaté une augmentation importante du nombre de litiges réglés et d'inscriptions de plaidoyers de culpabilité ou d'accusations retirées.

En Angleterre, la *Criminal Justice Act 1967* (R.-U.), 1967, ch. 80, prévoit la remise d'un [TRADUCTION] «paquet» de documents à l'avocat de la défense. La fourniture de ces documents a amené une réduction de la durée et du nombre des enquêtes préliminaires dans ce pays: *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*, Bench and Bar Council of Ontario (1982), aux pp. 12 à 15.

Refusal to disclose is also justified on the ground that the material will be used to enable the defence to tailor its evidence to conform with information in the Crown's possession. For example, a witness may change his or her testimony to conform with a previous statement given to the police or counsel for the Crown. I am not impressed with this submission. All forms of discovery are subject to this criticism. There is surely nothing wrong in a witness refreshing his or her memory from a previous statement or document. The witness may even change his or her evidence as a result. This may rob the cross-examiner of a substantial advantage but fairness to the witness may require that a trap not be laid by allowing the witness to testify without the benefit of seeing contradictory writings which the prosecutor holds close to the vest. The principle has been accepted that the search for truth is advanced rather than retarded by disclosure of all relevant material.

Finally, it is suggested that disclosure may put at risk the security and safety of persons who have provided the prosecution with information. No doubt measures must occasionally be taken to protect the identity of witnesses and informers. Protection of the identity of informers is covered by the rules relating to informer privilege and exceptions thereto (see *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979), and any rules with respect to disclosure would be subject to this and other rules of privilege. With respect to witnesses, persons who have information that may be evidence favourable to the accused will have to have their identity disclosed sooner or later. Even the identity of an informer is subject to this fact of life by virtue of the "innocence exception" to the informer privilege rule (*Marks v. Beyfus*, *supra*, at pp. 498-99; *R. v. Scott*, *supra*, at p. 996; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494). It will, therefore, be a matter of the timing of the disclosure rather than whether disclosure should be made at all. The prosecutor must retain a degree of discretion in respect of

On allègue en outre, pour justifier le refus de divulguer, que ces renseignements permettraient à la défense de faire concorder sa propre preuve avec les renseignements en la possession du ministère public. Par exemple, un témoin pourrait changer son témoignage pour qu'il s'accorde avec une précédente déclaration faite à la police ou au substitut du procureur général. Cet argument me laisse froid. Toute communication d'éléments de preuve, quelle que soit la forme qu'elle revêt, donne prise à cette critique. Qu'y a-t-il de mal à ce qu'un témoin se rafraîchisse la mémoire en consultant une déclaration antérieure ou un document? Il se peut même que ce témoin modifie sa déposition en conséquence. Cela privera peut-être l'avocat qui mène le contre-interrogatoire d'un avantage considérable, mais l'équité envers le témoin peut exiger qu'on ne lui tende pas de piège en lui permettant de témoigner sans avoir eu la possibilité de prendre connaissance des écrits contradictoires que le poursuivant lui cache en quelque sorte. Il est reconnu, en principe, que la recherche de la vérité est facilitée plutôt qu'entravée par la divulgation de tous les renseignements pertinents.

Finalement, on prétend que la divulgation peut compromettre la sécurité des personnes qui ont fourni des renseignements à la poursuite. Sans doute des mesures doivent-elles être prises à l'occasion pour protéger l'identité de témoins et d'indicateurs. La protection de l'identité des indicateurs est régie par les règles concernant le privilège relatif aux indicateurs et par les exceptions à ces règles (voir *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979), et toutes les règles relatives à la communication de la preuve sont assujetties à ce privilège et à d'autres règles en matière de secret. Pour ce qui est des témoins, les personnes possédant des renseignements qui peuvent constituer des éléments de preuve favorables à l'accusé verront nécessairement leur identité divulguée tôt ou tard. Cette réalité joue même dans le cas d'un indicateur, et ce, en raison de l'«exception d'innocence» à la règle du privilège relatif aux indicateurs (*Marks v. Beyfus*, précité, aux pp. 498 et 499; *R. c. Scott*, précité, à la p. 996; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494). La question est donc de savoir quand,

these matters. The discretion, which will be subject to review, should extend to such matters as excluding what is clearly irrelevant, withholding the identity of persons to protect them from harassment or injury, or to enforce the privilege relating to informers. The discretion would also extend to the timing of disclosure in order to complete an investigation. I shall return to this subject later in these reasons.

This review of the pros and cons with respect to disclosure by the Crown shows that there is no valid practical reason to support the position of the opponents of a broad duty of disclosure. Apart from the practical advantages to which I have referred, there is the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. (See *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1514.) The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. Recent events have demonstrated that the erosion of this right due to non-disclosure was an important factor in the conviction and incarceration of an innocent person. In the *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1: *Findings and Recommendations* (1989) (the "Marshall Commission Report"), the Commissioners found that prior inconsistent statements were not disclosed to the defence. This was an important contributing factor in the miscarriage of justice which occurred and led the Commission to state that "anything less than complete disclosure by the Crown falls short of decency and fair play" (Vol. 1 at p. 238). The Commission recommended an extensive

plutôt que si, il devrait y avoir divulgation. Il faut que le poursuivant conserve un certain pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est d'ailleurs susceptible de contrôle, devrait s'étendre notamment à l'exclusion des éléments qui ne sont manifestement pas pertinents, à la non-divulgation de l'identité de certaines personnes afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou à l'application du privilège relatif aux indicateurs. Le pouvoir discrétionnaire s'exercerait en outre pour décider du moment de la divulgation afin que l'enquête puisse être menée à bonne fin. C'est là un sujet sur lequel je reviendrai plus loin dans ces motifs.

Cet examen des arguments militant pour ou contre la communication de la preuve par le ministère public révèle l'absence de toute raison pratique valable de retenir le point de vue des opposants à une obligation générale de divulguer. Outre les avantages d'ordre pratique déjà évoqués, il y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgation n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. (Voir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, à la p. 1514.) Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. Or, certains événements récents démontrent que l'affaiblissement de ce droit résultant de la non-communication de la preuve a été pour beaucoup dans la condamnation et l'incarcération d'un innocent. En effet, dans *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1: *Findings and Recommendations* (1989) (le «rapport de la commission Marshall»), les commissaires ont conclu que des déclarations antérieures contradictoires n'avaient pas été divulguées à la défense. C'était là un facteur important qui a contribué à l'erreur judiciaire commise et qui a amené la Commission à affirmer que [TRADUCTION] «la décence et le franc-jeu ne commandent rien de moins que la communication intégrale de sa preuve par le ministère public» (vol. 1, à la p. 238). La Commission a recom-

regime of disclosure of which the key provisions are as follows (Vol. 1 at p. 243):

2(1) *Without request, the accused is entitled, before being called upon to elect the mode of trial or to plead to the charge of an indictable offence, whichever comes first, and thereafter:*

(a) *to receive a copy of his criminal record;*

(b) *to receive a copy of any statement made by him to a person in authority and recorded in writing or to inspect such a statement if it has been recorded by electronic means; and to be informed of the nature and content of any verbal statement alleged to have been made by the accused to a person in authority and to be supplied with any memoranda in existence pertaining thereto;*

(c) *to inspect anything that the prosecutor proposes to introduce as an exhibit and, where practicable, receive copies thereof;*

(d) *to receive a copy of any statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness or anyone who may be called as a witness, and recorded in writing or, in the absence of a statement, a written summary of the anticipated testimony of the proposed witness, or anyone who may be called as a witness;*

(e) *to receive any other material or information known to the Crown and which tends to mitigate or negate the defendant's guilt as to the offence charged, or which would tend to reduce his punishment therefor, notwithstanding that the Crown does not intend to introduce such material or information as evidence;*

(f) *to inspect the electronic recording of any statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness;*

(g) *to receive a copy of the criminal record of any proposed witness; and*

(h) *to receive, where not protected from disclosure by the law, the name and address of any other person who may have information useful to the accused, or other details enabling that person to be identified.*

2(2) *The disclosure contemplated in subsection (1), paragraphs (d), (e) and (h) shall be provided by the*

mandé l'adoption d'un régime détaillé de communication de la preuve, dont voici les dispositions essentielles (vol. 1, à la p. 243):

[TRADUCTION] **2(1)** *Avant d'être appelé à choisir le mode de procès ou de répondre à une accusation d'acte criminel, selon la première ces éventualités, et par la suite, l'accusé, sans avoir à en faire la demande, a le droit:*

a) *de recevoir copie de son casier judiciaire;*

b) *de recevoir copie de toute déclaration qu'il a pu faire à une personne en autorité et qui a été consignée par écrit, ou d'examiner cette déclaration si elle a été enregistrée sur support électronique; d'être informé de la nature et du contenu de toute déclaration orale qu'il aurait faite à une personne en autorité et de recevoir la communication de toute note de service y relative;*

c) *d'examiner tout ce que la poursuite se propose de produire comme pièce et, autant que faire se peut, d'en recevoir des copies;*

d) *de recevoir copie de toute déclaration, consignée par écrit, faite par une personne que la poursuite se propose de citer comme témoin ou qui pourra être citée comme témoin, ou de recevoir, en l'absence d'une déclaration, un résumé écrit de la déposition prévue du témoin envisagé ou du témoin éventuel;*

e) *de recevoir tout autre document ou renseignement dont le ministère public connaît l'existence et qui tend à atténuer ou à écarter la culpabilité du défendeur relativement à l'infraction reprochée, ou qui tendrait à faire diminuer sa peine, même si le ministère public n'a pas l'intention de produire en preuve ces documents ou renseignements;*

f) *d'examiner l'enregistrement sur support électronique de toute déclaration faite par une personne que la poursuite se propose de citer comme témoin;*

g) *de recevoir copie du casier judiciaire de toute personne qu'on se propose de citer comme témoin; et*

h) *de recevoir, pourvu que la loi n'interdise pas la divulgation de ces renseignements, la communication des nom et adresse de toute autre personne pouvant détenir des renseignements utiles à l'accusé, ou d'autres détails permettant d'identifier cette personne.*

2(2) *La divulgation envisagée aux alinéas d), e) et h) du paragraphe (1) doit être faite par le ministère public et*

Crown and may be limited only where, upon an inter partes application by the prosecutor, supported by evidence showing a likelihood that such disclosure will endanger the life or safety of such person or interfere with the administration of justice, a justice having jurisdiction in the matter deems it just and proper.

In my opinion there is a wholly natural evolution of the law in favour of disclosure by the Crown of all relevant material. As long ago as 1951, Cartwright J. stated in *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, at p. 257:

I wish to make it perfectly clear that I do not intend to say anything which might be regarded as lessening the duty which rests upon counsel for the Crown to bring forward evidence of every material fact known to the prosecution whether favourable to the accused or otherwise. . . . [Emphasis added.]

This statement may have been in reference to the obligation resting on counsel for the Crown to call evidence rather than to disclose the material to the defence, but I see no reason why this obligation should not be discharged by disclosing the material to the defence rather than obliging the Crown to make it part of the Crown's case. Indeed, some of the information will be in a form that cannot be put in evidence by the Crown but can be used by the defence in cross-examination or otherwise. Production to the defence is then the only way in which the injunction of Cartwright J. can be obeyed.

In *R. v. C. (M.H.)* (1988), 46 C.C.C. (3d) 142 (B.C.C.A.), at p. 155, McEachern C.J.B.C. after a review of the authorities stated what I respectfully accept as a correct statement of the law. He said that: "there is a general duty on the part of the Crown to disclose all material it proposes to use at trial and especially all evidence which may assist the accused even if the Crown does not propose to adduce it". This passage was cited with approval by McLachlin J. in her reasons on behalf of the Court ([1991] 1 S.C.R. 763). She went on to add: "This Court has previously stated that the Crown is under a duty at common law to disclose to the defence all material

ne peut être limitée que dans un cas où, sur demande inter partes présentée par la poursuite et appuyée par des éléments de preuve établissant que cette divulgation est susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité de la personne en question ou qu'elle entravera l'administration de la justice, un juge de paix ayant compétence en la matière l'estime juste et convenable.

À mon avis, le droit connaît une évolution tout à fait naturelle vers la divulgation par le ministère public de tous les renseignements pertinents. Déjà en 1951, le juge Cartwright disait dans l'arrêt *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, à la p. 257:

[TRADUCTION] Je veux qu'on comprenne bien que je ne veux rien dire qui soit considéré comme une atténuation de l'obligation du substitut du procureur général de présenter la preuve de tout fait substantiel connu de la poursuite, qu'il soit favorable ou non à l'accusé . . . [Je souligne.]

Cette affirmation concerne peut-être l'obligation du substitut du procureur général de citer des témoins plutôt qu'une obligation de divulguer les renseignements à la défense, mais je ne vois aucune raison pour laquelle le ministère public ne devrait pas s'acquitter de l'obligation en question en divulguant ces renseignements à la défense au lieu de se voir contraint de les produire en preuve. En fait, certains de ces renseignements revêtiront une forme qui rendra impossible leur production en preuve par le ministère public mais qui permettra leur utilisation par la défense, notamment à des fins de contre-interrogatoire. Leur communication à la défense représente donc l'unique façon dont l'injonction du juge Cartwright peut être respectée.

Dans l'affaire *R. v. C. (M.H.)* (1988), 46 C.C.C. (3d) 142 (C.A.C.-B.), à la p. 155, le juge en chef McEachern, ayant passé en revue la jurisprudence, fait ce que je considère, en toute déférence, comme un énoncé juste de la règle de droit applicable. Il dit que [TRADUCTION] «le ministère public a l'obligation générale de divulguer tout ce qu'il envisage d'utiliser au procès, et particulièrement tous les éléments de preuve qui peuvent aider l'accusé, même si le ministère public n'envisage pas de les présenter». Ce passage a été cité et approuvé par le juge McLachlin dans les motifs qu'elle a rédigés au nom de notre Cour ([1991] 1 R.C.S. 763). Elle a ajouté: «Notre

evidence whether favourable to the accused or not" (p. 774).

As indicated earlier, however, this obligation to disclose is not absolute. It is subject to the discretion of counsel for the Crown. This discretion extends both to the withholding of information and to the timing of disclosure. For example, counsel for the Crown has a duty to respect the rules of privilege. In the case of informers the Crown has a duty to protect their identity. In some cases serious prejudice or even harm may result to a person who has supplied evidence or information to the investigation. While it is a harsh reality of justice that ultimately any person with relevant evidence must appear to testify, the discretion extends to the timing and manner of disclosure in such circumstances. A discretion must also be exercised with respect to the relevance of information. While the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant. The experience to be gained from the civil side of the practice is that counsel, as officers of the court and acting responsibly, can be relied upon not to withhold pertinent information. Transgressions with respect to this duty constitute a very serious breach of legal ethics. The initial obligation to separate "the wheat from the chaff" must therefore rest with Crown counsel. There may also be situations in which early disclosure may impede completion of an investigation. Delayed disclosure on this account is not to be encouraged and should be rare. Completion of the investigation before proceeding with the prosecution of a charge or charges is very much within the control of the Crown. Nevertheless, it is not always possible to predict events which may require an investigation to be re-opened and the Crown must have

Cour a déjà dit que le ministère public a l'obligation en common law de divulguer à la défense tous les éléments de preuve substantielle, favorables ou non à l'accusé» (p. 774).

a

Comme je l'ai déjà indiqué, toutefois, cette obligation de divulguer n'est pas absolue. Elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général, lequel pouvoir s'exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment de cette divulgation. Par exemple, il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret. En ce qui concerne les indicateurs, le ministère public a l'obligation de taire leur identité. Dans certains cas, la personne qui a fourni des éléments de preuve ou des renseignements dans le cadre de l'enquête peut subir, en conséquence, un préjudice grave et même des lésions corporelles. La dure réalité de la justice veut que toute personne disposant d'éléments de preuve pertinents finisse par comparaître pour témoigner, mais le pouvoir discrétionnaire s'exerce en pareil cas pour déterminer le moment et la forme de la divulgation. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence de renseignements. Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence. La pratique dans le domaine civil nous enseigne qu'on peut compter sur les avocats, en leur qualité d'officiers de justice agissant de façon responsable, pour accepter de divulguer des renseignements pertinents. Les manquements à cette obligation constituent une violation très grave de la déontologie juridique. C'est donc au substitut du procureur général qu'il incombe avant tout de séparer «le bon grain de l'ivraie». Il peut aussi y avoir des situations où la divulgation prématurée pourra peut-être retarder la fin de l'enquête. Pourtant, retarder la communication de la preuve pour ce motif est une pratique qu'il ne faut pas encourager et à laquelle on devrait rarement recourir. Quant à savoir si l'enquête sera terminée avant que ne soient engagées des poursuites concernant un seul ou plusieurs chefs d'accusation, il n'en tient essentiellement qu'au ministère public. Néanmoins, il n'est pas toujours possible de prévoir les événements qui pourront nécessiter la réouverture d'une enquête, de sorte que le ministère public doit avoir un certain pouvoir dis-

b

c

d

e

f

g

h

i

j

some discretion to delay disclosure in these circumstances.

The discretion of Crown counsel is, however, reviewable by the trial judge. Counsel for the defence can initiate a review when an issue arises with respect to the exercise of the Crown's discretion. On a review the Crown must justify its refusal to disclose. Inasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule.

The trial judge on a review should be guided by the general principle that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and defence, unless the non-disclosure is justified by the law of privilege. The trial judge might also, in certain circumstances, conclude that the recognition of an existing privilege does not constitute a reasonable limit on the constitutional right to make full answer and defence and thus require disclosure in spite of the law of privilege. The trial judge may also review the decision of the Crown to withhold or delay production of information by reason of concern for the security or safety of witnesses or persons who have supplied information to the investigation. In such circumstances, while much leeway must be accorded to the exercise of the discretion of the counsel for the Crown with respect to the manner and timing of the disclosure, the absolute withholding of information which is relevant to the defence can only be justified on the basis of the existence of a legal privilege which excludes the information from disclosure.

The trial judge may also review the Crown's exercise of discretion as to relevance and interference with the investigation to ensure that the right to make full answer and defence is not violated. I am confident that disputes over disclosure will arise infrequently when it is made clear that counsel for the Crown is under a general duty to disclose all relevant

crétionnaire de retarder la divulgation en pareilles circonstances.

Le pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général peut toutefois faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès. L'avocat de la défense a la possibilité d'exiger un tel contrôle dans chaque cas où se pose une question concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Dans le cadre de ce contrôle, le ministère public doit justifier son refus de divulguer les renseignements en question. Comme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle.

Le juge du procès qui effectue un contrôle doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgation ne se justifie par le droit au secret. Le juge du procès pourrait également, dans certaines circonstances, conclure que la reconnaissance de l'existence d'un droit au secret ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière, et ainsi exiger la divulgation malgré le droit au secret. Il se peut aussi que le juge du procès examine la décision du ministère public de refuser ou de retarder la divulgation de renseignements par crainte pour la sécurité des témoins ou des personnes qui ont fourni ces renseignements à l'enquête. En pareil cas, bien qu'il faille accorder au substitut du procureur général une grande latitude pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relativement au moment et à la forme de la divulgation, le refus absolu de divulguer des renseignements pertinents pour la défense ne peut se justifier que par l'existence d'un droit au secret qui soustrait ces renseignements à la divulgation.

Le juge du procès peut également examiner l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire sous le double angle de la pertinence et de l'entrave à l'enquête afin de s'assurer qu'il n'y a pas eu de violation du droit de présenter une défense pleine et entière. Je suis convaincu que des différends relatifs à la communication de la preuve ne surgiront que

information. The tradition of Crown counsel in this country in carrying out their role as "ministers of justice" and not as adversaries has generally been very high. Given this fact, and the obligation on defence counsel as officers of the court to act responsibly, these matters will usually be resolved without the intervention of the trial judge. When they do arise, the trial judge must resolve them. This may require not only submissions but the inspection of statements and other documents and indeed, in some cases, *viva voce* evidence. A *voir dire* will frequently be the appropriate procedure in which to deal with these matters.

Counsel for the accused must bring to the attention of the trial judge at the earliest opportunity any failure of the Crown to comply with its duty to disclose of which counsel becomes aware. Observance of this rule will enable the trial judge to remedy any prejudice to the accused if possible and thus avoid a new trial. See *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. Failure to do so by counsel for the defence will be an important factor in determining on appeal whether a new trial should be ordered.

These are the general principles that govern the duty of the Crown to make disclosure to the defence. There are many details with respect to their application that remain to be worked out in the context of concrete situations. It would be neither possible nor appropriate to attempt to lay down precise rules here. Although the basic principles of disclosure will apply across the country, the details may vary from province to province and even within a province by reason of special local conditions and practices. It would, therefore, be useful if the under-utilized power conferred by s. 482 of the *Criminal Code* which empowers superior courts and courts of criminal jurisdiction to enact rules were employed to pro-

rarement du moment qu'on fait bien comprendre aux substituts du procureur général qu'ils ont l'obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. D'une manière générale, les substituts du procureur général au Canada se sont montrés traditionnellement très soucieux de jouer leur rôle de «ministres de la justice» plutôt que celui d'adversaires. Compte tenu de ce fait et de l'obligation qu'ont les avocats de la défense, en leur qualité d'officiers de justice, d'agir de façon responsable, ces questions se résoudront normalement sans l'intervention du juge du procès. Quand elles se posent cependant, c'est à ce dernier qu'il appartient de les régler. Cela peut nécessiter non seulement que soient présentés des arguments mais que les déclarations et autres documents fassent l'objet d'un examen, et il pourra même s'avérer nécessaire, dans certains cas, de produire des témoignages de vive voix. Souvent, il conviendra de tenir un voir-dire pour trancher ces questions.

Quand l'avocat de l'accusé prend connaissance d'une omission du ministère public de respecter son obligation de divulguer, celui-ci doit, dès que possible, signaler cette omission au juge du procès. L'observation de cette règle permettra au juge du procès de remédier, autant que faire se peut, à tout préjudice causé à l'accusé et d'éviter ainsi un nouveau procès. Voir *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. L'omission de l'avocat de la défense de ce faire constituera un facteur important à retenir pour déterminer, lors d'un appel, s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Voilà les principes généraux qui régissent l'obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense. Pour ce qui est de leur application, il reste encore bien des points qui devront être réglés dans le contexte de situations concrètes. Il ne serait ni possible ni convenable de tenter d'établir des règles précises en l'espèce. Bien que les principes fondamentaux de la communication de la preuve s'appliquent dans tout le pays, les modalités de leur application pourront varier d'une province à l'autre, et même à l'intérieur d'une province, en raison de conditions et de pratiques locales particulières. Il serait donc utile qu'on se serve du pouvoir trop peu utilisé conféré par l'art. 482 du *Code criminel*, qui habilite les cours

vide further details with respect to the procedural aspects of disclosure.

The general principles referred to herein arise in the context of indictable offences. While it may be argued that the duty of disclosure extends to all offences, many of the factors which I have canvassed may not apply at all or may apply with less impact in summary conviction offences. Moreover, the content of the right to make full answer and defence entrenched in s. 7 of the *Charter* may be of a more limited nature. A decision as to the extent to which the general principles of disclosure extend to summary conviction offences should be left to a case in which the issue arises in such proceedings. In view of the number and variety of statutes which create such offences, consideration would have to be given as to where to draw the line. Pending a decision on that issue, the voluntary disclosure which has been taking place through the co-operation of Crown counsel will no doubt continue. Continuation and extension of this practice may eliminate the necessity for a decision on the issue by this Court.

There are, however, two additional matters which require further elaboration of the general principles of disclosure outlined above. They are: (1) the timing of disclosure, and (2) what should be disclosed. Some detail with respect to these issues is essential if the duty to disclose is to be meaningful. Moreover, with respect to the second matter, resolution of the dispute over disclosure in this case requires a closer examination of the issue.

With respect to timing, I agree with the recommendation of the Law Reform Commission of Canada in both of its reports that initial disclosure should occur before the accused is called upon to elect the mode of trial or to plead. These are crucial steps which the accused must take which affect his or her rights in a fundamental way. It will be of great assistance to the accused to know what are the strengths and weak-

supérieures et les cours de juridiction criminelle à établir des règles, pour fournir des précisions concernant les aspects procéduraux de la communication de la preuve.

a Les principes généraux mentionnés ici sont formulés dans le contexte des actes criminels. Bien que l'on puisse soutenir que l'obligation de divulguer s'applique à toutes les infractions, il se peut que plusieurs des facteurs que j'ai examinés à fond ne s'appliquent pas du tout ou que leur effet soit moindre dans le cas des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. De plus, le contenu du droit de présenter une défense pleine et entière, qui est consacré à l'art. 7 de la *Charte*, peut être de nature plus limitée. Il conviendra de statuer sur la mesure dans laquelle les principes généraux de la communication de la preuve s'appliquent aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, dans une affaire où cette question sera soulevée. Vu le nombre et la diversité des lois qui créent ces infractions, il faudrait examiner où tracer la ligne de démarcation. En attendant qu'une décision soit rendue sur cette question, il ne fait pas de doute que la divulgation volontaire, qui se fait grâce à la collaboration du substitut du procureur général, se poursuivra. La poursuite et l'élargissement de cette pratique pourront éliminer la nécessité que notre Cour statue sur cette question.

Deux autres points nécessitent toutefois que soient précisés davantage les principes généraux de la communication de la preuve exposés ci-dessus. Ces points sont: (1) le moment de la divulgation, et (2) ce qu'il convient de divulguer. Des précisions sur ces points s'imposent pour que l'obligation de divulguer ne soit pas lettre morte. D'autre part, la résolution du différend relatif à la communication de la preuve en l'espèce nécessite un examen plus approfondi du second point.

En ce qui concerne le moment de la divulgation, je souscris à la recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada, dans ses deux rapports susmentionnés, que la communication initiale de la preuve devrait avoir lieu avant que l'accusé ne soit appelé à choisir son mode de procès où à présenter son plaidoyer. Ce sont des mesures cruciales que doit prendre l'accusé et qui influent de façon fondamen-

nesses of the Crown's case before committing on these issues. As I have pointed out above, the system will also profit from early disclosure as it will foster the resolution of many charges without trial, through increased numbers of withdrawals and pleas of guilty. The obligation to disclose will be triggered by a request by or on behalf of the accused. Such a request may be made at any time after the charge. Provided the request for disclosure has been timely, it should be complied with so as to enable the accused sufficient time before election or plea to consider the information. In the rare cases in which the accused is unrepresented, Crown counsel should advise the accused of the right to disclosure and a plea should not be taken unless the trial judge is satisfied that this has been done. At this stage, the Crown's brief will often not be complete and disclosure will be limited by this fact. Nevertheless, the obligation to disclose is a continuing one and disclosure must be completed when additional information is received.

With respect to what should be disclosed, the general principle to which I have referred is that all relevant information must be disclosed subject to the reviewable discretion of the Crown. The material must include not only that which the Crown intends to introduce into evidence but also that which it does not. No distinction should be made between inculpatory and exculpatory evidence. The attempt to make this distinction in connection with the confession rule proved to be unworkable and was eventually discarded by this Court. See *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23, at p. 36; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 645. To re-introduce the distinction here would lead to interminable controversy at trial that should be avoided. The Crown must, there-

tale sur ses droits. Il sera d'un grand secours à l'accusé de connaître les points forts et les points faibles de la preuve du ministère public avant d'en venir à une décision à cet égard. Comme je l'ai déjà souligné, le système bénéficiera lui aussi d'une divulgation prématurée, puisque cela facilitera le règlement sans procès de bien des accusations grâce à l'augmentation du nombre d'accusations retirées et de plaidoyers de culpabilité. Une demande de divulgation, présentée par l'accusé ou en son nom, fait naître une obligation en ce sens. Cette demande peut être faite à n'importe quel moment après que l'accusation a été portée. Pourvu que la demande de divulgation ait été présentée en temps utile, on devrait y obtempérer de manière à ce que l'accusé dispose de suffisamment de temps pour prendre connaissance des renseignements avant de choisir son mode de procès ou de présenter son plaidoyer. Dans les rares cas où l'accusé n'est pas représenté par un avocat, le substitut du procureur général devrait l'informer de son droit à la communication de la preuve et le juge du procès ne devrait accepter de plaider que s'il est convaincu que cela a été fait. Souvent, le dossier du ministère public ne sera pas complet à ce stade, ce qui viendra limiter la portée de la divulgation. L'obligation de divulguer n'en demeure pas moins permanente et la communication de la preuve doit être complétée dès la réception de renseignements complémentaires.

Quant à savoir ce qu'il convient de divulguer, le principe général précédemment évoqué exige la divulgation de tous les renseignements pertinents, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, lequel pouvoir est susceptible de contrôle judiciaire. Doivent être divulgués non seulement les renseignements que le ministère public entend produire en preuve, mais aussi ceux qu'il n'a pas l'intention de produire. Aucune distinction ne devrait être faite entre preuve inculpatoire et preuve disculpatoire. On a tenté de faire cette distinction dans le cas de la règle relative aux confessions. La distinction s'est toutefois avérée impossible à appliquer, si bien que notre Cour l'a finalement écartée. Voir les arrêts *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, à la p. 36; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 645. Le rétablissement de cette distinction en l'espèce engendrerait, lors du procès, d'interminables

fore, disclose relevant material whether it is inculpatory or exculpatory.

A special problem arises in respect to witness statements and is specifically raised in this case. There is virtually no disagreement that statements in the possession of the Crown obtained from witnesses it proposes to call should be produced. In some cases the statement will simply be recorded in notes taken by an investigator, usually a police officer. The notes or copies should be produced. If notes do not exist then a "will say" statement, summarizing the anticipated evidence of the witness, should be produced based on the information in the Crown's possession. A more difficult issue is posed with respect to witnesses and other persons whom the Crown does not propose to call. In its 1974 Working Paper, the Law Reform Commission of Canada recommended disclosure of not only the names, addresses and occupations of all "persons who have provided information to investigation or prosecution authorities" (p. 41), but the statements obtained or, if these did not exist, "a summary of the information provided by those persons not intended to be called at trial, along with a statement of the manner in which the information in each summary has been obtained. . ." (p. 41). In its 1984 Report, the Commission seemed to have changed its mind. It stated (at pp. 27-28):

With respect to potential witnesses we do not recommend, on a mandatory basis, the type of thorough disclosure that we recommend with respect to proposed witnesses. Complete disclosure would entail not only the identification of such persons, but the disclosure of any statement they made and in some cases their criminal records. In our view a recommendation to this effect would be excessive and disproportionate to the needs of the defence. In many instances these people are of no use, or of marginal use, to the case for either side. Their statements are not evidence, although they may be effectively used by the prosecution for purposes of impeachment in cross-examination in the event the witness is called by the accused. Prosecutors are understandably reluctant to disclose these statements because to do so

controverses qu'il convient d'éviter. D'où l'obligation du ministère public de divulguer tous les renseignements pertinents, qu'ils soient inculpataires ou disculpatoires.

Un problème particulier se pose relativement aux déclarations de témoins et c'est précisément le cas en l'espèce. À peu près personne ne conteste que les déclarations que le ministère public a obtenues de témoins qu'il envisage de citer devraient être communiquées. Dans certains cas, il s'agira simplement d'une déclaration consignée dans les notes de l'enquêteur, normalement un agent de police. Ces notes ou des copies devraient être produites. S'il n'existe pas de notes, il faut communiquer un énoncé de ce qu'on «va dire», lequel énoncé résume la déposition prévue du témoin et est établi à partir des renseignements dont dispose le ministère public. La question devient plus épineuse dans le cas de témoins et d'autres personnes que le ministère public ne compte pas citer. Dans son document de travail de 1974, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé la divulgation non seulement des nom, adresse et occupation de toute «personne ayant fourni des renseignements aux responsables de l'enquête ou à la couronne» (p. 46), mais aussi des déclarations obtenues ou, en l'absence de déclarations, d'un «résumé des renseignements fournis par les personnes que la couronne n'a pas l'intention de faire entendre au procès, ainsi qu'une indication de la façon dont les renseignements contenus dans chaque résumé ont été obtenus . . .» (pp. 46 et 47). Dans son rapport de 1984, la Commission semble avoir changé d'avis. Elle y affirme en effet (aux pp. 29 et 30):

En ce qui a trait aux témoins éventuels, nous ne recommandons pas que l'obligation du poursuivant, quant à la communication de la preuve, soit aussi étendue que dans le cas de témoins présumés. En effet, cela entraînerait la divulgation non seulement de l'identité des témoins éventuels, mais également des déclarations qu'ils ont faites et dans certains cas, de leur casier judiciaire. À notre avis, cela serait excessif et démesuré par rapport aux besoins de la défense. Dans bien des cas, les renseignements que détiennent ces personnes n'ont que peu ou pas d'intérêt pour les parties. Leurs déclarations ne font pas partie de la preuve, bien qu'elles puissent être utiles au poursuivant lorsqu'il désire attaquer, au moment du contre-interrogatoire, la crédibilité d'un témoin à décharge. On comprend donc aisément que les

would imperil their principal utility. It is our view that the interests of the defence are adequately served by the mandatory disclosure of the identity of such persons, although we would not wish our comments to discourage prosecutors from disclosing statements and other relevant information on a voluntary basis.

The Marshall Commission Report recommended disclosure of "any statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness or anyone who may be called as a witness". Although not entirely clear, this recommendation appears to extend to anyone who has relevant information and who is either compellable or prepared to testify whether proposed to be called by the Crown or not.

This Court, in *R. v. C. (M.H.)*, *supra*, dealt with the failure to disclose either the identity or statement of a person who provided relevant information to the police but who was not called as a witness. McLachlin J., speaking for the Court, indicated that failure to disclose in such cases could impair the fairness of the trial.

I am of the opinion that, subject to the discretion to which I have referred above, all statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced notwithstanding that they are not proposed as Crown witnesses. Where statements are not in existence, other information such as notes should be produced, and, if there are no notes, then in addition to the name, address and occupation of the witness, all information in the possession of the prosecution relating to any relevant evidence that the person could give should be supplied. I do not find the comments of the Commission in its 1984 Report persuasive. If the information is of no use then presumably it is irrelevant and will be excluded in the exercise of the discretion of the Crown. If the information is of some use then it is relevant and the determination as to whether it is sufficiently useful to put into evidence should be made by the defence and not the prosecu-

poursuivants soient peu enclins à communiquer ces déclarations puisque la divulgation enlève à celles-ci leur principal intérêt. Nous croyons qu'il suffit, au regard des intérêts de la défense, que la poursuite soit tenue de divulguer l'identité de ces personnes. Toutefois, nous ne voudrions pas que nos remarques aient pour effet d'empêcher les poursuivants de divulguer volontairement des déclarations et d'autres renseignements importants lorsqu'ils sont disposés à le faire.

Le rapport de la commission Marshall a recommandé la divulgation de [TRADUCTION] «toute déclaration . . . faite par une personne que la poursuite se propose de citer comme témoin ou qui pourra être citée comme témoin». Malgré une certaine équivoque, cette recommandation semble viser toute personne qui détient des renseignements pertinents et qui est contraignable ou disposée à témoigner, que le ministère public ait ou non l'intention de la citer comme témoin.

Dans l'arrêt *R. c. C. (M.H.)*, précité, notre Cour a examiné l'omission de divulguer l'identité ou la déclaration d'une personne qui avait fourni des renseignements pertinents à la police mais qui n'avait pas été citée à témoigner. Le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour, a indiqué que la non-divulgation en pareils cas pouvait compromettre l'équité du procès.

Selon moi, sous réserve du pouvoir discrétionnaire dont j'ai traité précédemment, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge. Lorsqu'il n'existe pas de déclarations, il faut produire d'autres renseignements tels que des notes et, en l'absence de notes, il faut divulguer, outre les nom, adresse et occupation du témoin, tous les renseignements que possède la poursuite au sujet de tous les éléments de preuve pertinents pouvant être fournis par la personne en question. Je tiens pour peu convaincantes les observations faites par la Commission dans son rapport de 1984. En effet, si les renseignements sont inutiles, on peut supposer qu'ils n'ont aucune pertinence et qu'ils seront en conséquence écartés par le ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si les renseignements présentent une

tor. Moreover, I do not understand the Commission's statement that "[t]heir statements are not evidence". That is true of all witness statements. They themselves are not evidence but are produced not because they will be put in evidence in that form but will enable the evidence to be called *viva voce*. That prosecutors are reluctant to disclose statements because use of them in cross-examination is thereby rendered less effective is understandable. That is an objection to all forms of discovery and disclosure. Tactical advantage must be sacrificed in the interests of fairness and the ascertainment of the true facts of the case.

3. Application to This Case

No request was made in this case for disclosure prior to pleading or electing the mode of trial and this issue does not, therefore, arise. A request for disclosure was made during the trial for the disclosure of two statements taken subsequent to the preliminary hearing. An application for disclosure was dismissed by the trial judge on the ground that there was no obligation on the Crown to disclose the statements.

Applying the above principles, I conclude that the following errors were committed:

- (1) Counsel for the Crown misconceived his obligation to disclose the statements;
- (2) The explanation for refusal that the witness was not worthy of credit was completely inadequate to support the exercise of this discretion on the ground of irrelevance. Whether the witness is credible is for the trial judge to determine after hearing the evidence;
- (3) The trial judge ought to have examined the statements. The suggestion that this would have prejudiced the trial judge is without

certain utilité, alors ils sont pertinents et c'est à la défense et non à la poursuite de décider s'il s'agit d'une utilité suffisante pour qu'ils soient produits en preuve. De surcroît, je ne comprends pas l'affirmation de la Commission que «[I]eurs déclarations ne font pas partie de la preuve». C'est le cas de toutes les déclarations de témoins. Elles ne constituent pas en soi des éléments de preuve. On les produit non pas dans le but de les présenter en preuve comme telles, mais afin de permettre que la preuve soit faite de vive voix. Il est compréhensible que la poursuite soit peu disposée à divulguer des déclarations parce qu'elles auront, par suite de leur divulgation, moins d'effet lors du contre-interrogatoire. La même objection pourrait être soulevée à l'égard de toutes les formes de communication de la preuve. L'avantage tactique doit être sacrifié au profit de l'équité et de la détermination des véritables faits de l'affaire.

3. Application à la présente affaire

Comme on n'a pas demandé en l'espèce la divulgation antérieurement au plaidoyer ou au choix du mode de procès, cette question ne se pose pas. Une demande de divulgation de deux déclarations recueillies à la suite de l'enquête préliminaire a été faite au cours du procès. Une requête en divulgation a été rejetée par le juge du procès pour le motif que le ministère public n'avait aucune obligation de divulguer les déclarations en cause.

Appliquant les principes susmentionnés, je conclus que les erreurs suivantes ont été commises:

- (1) Le substitut du procureur général a mal interprété son obligation de divulguer les déclarations.
- (2) Expliquer le refus de les divulguer par le fait que le témoin n'était pas digne de foi n'est pas suffisant pour justifier, par la non-pertinence de la preuve en question, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Il appartient au juge du procès de décider de la crédibilité du témoin après avoir entendu la preuve.
- (3) Le juge du procès aurait dû examiner les déclarations. On a tort de prétendre que cela aurait compromis son impartialité. Le juge du

merit. Trial judges are frequently apprised of evidence which is ruled inadmissible. One example is a confession that fails to meet the test of voluntariness. No one would suggest that knowledge of such evidence prejudices the trial judge. We operate on the principle that a judge trained to screen out inadmissible evidence will disabuse himself or herself of such evidence;

- (4) The trial judge erred in his statement of the duty to disclose on the part of the Crown.

It was submitted that the appellant was not deprived of the opportunity to make full answer and defence because he could have:

- (a) interviewed the witness and obtained his own statement;
- (b) called the witness, and if her evidence proved adverse, cross-examined on the basis of the preliminary hearing transcript.

With respect to (a), counsel for the appellant pointed out that the witness refused to be interviewed. In any event, even if such an interview took place, what the witness said on two prior occasions could be very material to the defence.

As for (b), counsel for the defence is entitled to know whether the witness he/she is calling will give evidence that will assist the defence or whether the witness will be adverse and necessitate an application to cross-examine on the basis of a prior inconsistent statement. The latter usually creates an undesirable atmosphere at the trial and the most that can be achieved is to impeach or destroy the credibility of the witness. See *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588, and *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, at pp. 277-78. Most counsel faced with this prospect would likely opt not to call the witness, a matter which bears on the right to make full answer and defence.

procès se voit souvent soumettre des éléments de preuve qu'il déclare inadmissibles. C'est le cas notamment d'une confession qui ne satisfait pas au critère du caractère volontaire. Personne ne laisserait entendre que le fait d'avoir pris connaissance de cet élément de preuve compromet l'impartialité du juge. Nous tenons pour acquis qu'un juge formé pour écarter les éléments de preuve inadmissibles fera abstraction de ceux-ci.

- (4) Le juge du procès a fait un énoncé erroné de l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public.

On a fait valoir que l'appellant n'a pas été privé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière parce qu'il aurait pu:

- a) interroger le témoin et obtenir lui-même une déclaration;
- b) citer le témoin et, si sa déposition s'était avérée défavorable, le contre-interroger en se fondant sur la transcription de l'enquête préliminaire.

Pour ce qui est du point a), l'avocat de l'appellant a indiqué que le témoin refusait de se laisser interroger. De toute façon, même si un tel interrogatoire avait eu lieu, les déclarations que ce témoin avait déjà faites à deux reprises pouvaient s'avérer très pertinentes à la défense.

Quant au point b), l'avocat de la défense est en droit de savoir si le témoin qu'il cite fera une déposition qui aidera la défense ou si cette déposition lui sera défavorable, d'où la nécessité de demander à le contre-interroger concernant une déclaration antérieure incompatible. Dans ce dernier cas, on empoisonne généralement l'atmosphère du procès et tout ce qu'on peut réussir à faire est d'attaquer ou de détruire la crédibilité du témoin. Voir les arrêts *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588, et *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, aux pp. 277 et 278. Devant cette perspective, la plupart des avocats choisiraient vraisemblablement de ne pas citer le témoin, ce qui met en cause le droit de présenter une défense pleine et entière.

What are the legal consequences flowing from the failure to disclose? In my opinion, when a court of appeal is called upon to review a failure to disclose, it must consider whether such failure impaired the right to make full answer and defence. This in turn depends on the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome. As McLachlin J. put it in *R. v. C. (M.H.)*, *supra*, at p. 776:

Had counsel for the appellant been aware of this statement, he might well have decided to use it in support of the defence that the evidence of the complainant was a fabrication. In my view, that evidence could conceivably have affected the jury's conclusions on the only real issue, the respective credibility of the complainant and the appellant.

In this case, we are told that the witness gave evidence at the preliminary hearing favourable to the defence. The subsequent statements were not produced and therefore we have no indication from the trial judge as to whether they were favourable or unfavourable. Examination of the statements, which were tendered as fresh evidence in this Court, should be carried out at trial so that counsel for the defence, in the context of the issues in the case and the other evidence, can explain what use might be made of them by the defence. In the circumstances, we must assume that non-production of the statements was an important factor in the decision not to call the witness. The absence of this evidence might very well have affected the outcome.

Accordingly, I would allow the appeal and direct a new trial at which the statements should be produced.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Code Hunter, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Calgary.

Quelles sont les conséquences juridiques de l'omission de divulguer? À mon avis, quand un tribunal d'appel est appelé à examiner une telle omission de divulguer, il doit se demander si l'omission a porté atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière. Or, la réponse tient à la nature des renseignements non divulgués et à la question de savoir s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige. Comme l'affirme le juge McLachlin, dans l'arrêt *R. c. C. (M.H.)*, précité, à la p. 776:

Si l'avocat de l'appellant avait connu l'existence de cette déclaration, il aurait bien pu décider de l'utiliser à l'appui du moyen de défense selon lequel le témoignage de la plaignante était fabriqué. À mon avis, il est concevable que cette preuve aurait pu avoir des répercussions sur les conclusions du jury sur la seule vraie question, la crédibilité respective de la plaignante et de l'appellant.

En l'espèce, on nous dit que le témoin a fait, à l'enquête préliminaire, une déposition favorable à la défense. Les déclarations subséquentes n'ont pas été produites en preuve, de sorte que le juge du procès n'a pas indiqué si elles étaient favorables ou non. L'examen des déclarations, produites comme nouvelle preuve devant nous, doit s'effectuer au procès afin que l'avocat de la défense puisse expliquer, dans le contexte des questions en litige en l'espèce et des autres éléments de preuve, l'usage que la défense pourrait en faire. Dans les circonstances, il faut supposer que la non-production des déclarations a joué un rôle important dans la décision de ne pas citer le témoin. Il se pourrait très bien que l'absence de cette preuve ait influé sur l'issue du procès.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès au cours duquel les déclarations en cause devraient être produites.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Code Hunter, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.

Alexandre Leiriao Appellant

v.

The Municipal Corporation of the Town of Val-Bélaire Respondent

INDEXED AS: LEIRIAO v. VAL-BÉLAIR (TOWN)

File No.: 21755.

1991: June 17; 1991: November 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Expropriation — Municipal law — Land reserve — Municipal council authorizing by resolution expropriation of immovable property for land reserve — Whether Cities and Towns Act gives municipalities a power to expropriate for land reserve — Whether phrase “for purposes of a land reserve” contained in expropriation notice meets requirements of s. 40 of Expropriation Act — Whether resolution adopted by municipal council sufficient to authorize expropriation — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 29.4, 570 — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, s. 40.

The respondent town adopted a resolution authorizing expropriation of the appellant's immovable property for purposes of a land reserve. After receiving the notice of expropriation, the appellant challenged the respondent's right to expropriate in the Superior Court. The court allowed his application and quashed the resolution and the notice of expropriation. The judge held that the expression “municipal purpose” in s. 570 of the *Cities and Towns Act*, which gives the town a general power of expropriation, must be limited to the public services which the Act makes the municipality responsible for, and this excludes the creation of land reserves under s. 29.4 of the Act. He further held that simply mentioning “for purposes of a land reserve” in the notice of expropriation did not meet the requirements of s. 40(2) of the *Expropriation Act*. The Court of Appeal, in a majority decision, reversed the Superior Court's judgment.

Held (Lamer C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Alexandre Leiriao Appellant

c.

La Corporation municipale de la ville de Val-Bélaire Intimée

RÉPERTORIÉ: LEIRIAO c. VAL-BÉLAIR (VILLE)

b N° du greffe: 21755.

1991: 17 juin; 1991: 7 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d *Expropriation — Droit municipal — Réserve foncière — Conseil municipal autorisant par résolution l'expropriation d'un immeuble pour fins de réserve foncière — La Loi sur les cités et villes donne-t-elle aux municipalités un pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière? — La mention «pour fins de réserve foncière» contenue à l'avis d'expropriation satisfait-elle aux exigences de l'art. 40 de la Loi sur l'expropriation? — La résolution adoptée par le conseil municipal était-elle suffisante pour autoriser l'expropriation? — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 29.4, 570 — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 40.*

La ville intimée a adopté une résolution autorisant l'expropriation de l'immeuble de l'appelant pour fins de réserve foncière. Après réception de l'avis d'expropriation, l'appelant a contesté le droit à l'expropriation de l'intimée devant la Cour supérieure. La cour a accueilli sa requête et annulé la résolution et l'avis d'expropriation. Le juge a statué que l'expression «fins municipales» contenue à l'art. 570 de la *Loi sur les cités et villes*, qui donne à la ville un pouvoir d'expropriation général, doit se limiter aux services publics que la Loi met à la charge de la municipalité, ce qui exclut la constitution de réserves foncières en vertu de l'art. 29.4 de la Loi. Il a également statué que la simple mention «pour des fins de réserve foncière» à l'avis d'expropriation ne satisfaisait pas aux conditions de l'art. 40, par. 2° de la *Loi sur l'expropriation*. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé le jugement de la Cour supérieure.

j *Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Per Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Section 29.4 of the *Cities and Towns Act* allows a town to acquire immovable property by expropriation in order to create a land reserve. This interpretation is most consistent with the scheme of the legislation and intent of the legislature, and gives s. 29.4 its full meaning. That section, enacted in 1985, was intended to give all cities and towns the powers which some of them already had to create land reserves under private Acts. Unlike the private Acts, however, s. 29.4 only gives a power of ownership and does not specify any methods by which immovable property can be acquired. The acquisition of immovable property to create a land reserve must accordingly be done using the general powers of acquisition contained elsewhere in the *Cities and Towns Act*, by mutual agreement under s. 28 or by expropriation under s. 570. All cities and towns thus have the same powers of acquisition regarding land reserves, though the actual wording may vary from one type of statute to another. Although s. 29.4 deals with ownership of immovable property “for the purposes of a land reserve”, while s. 570(c) makes the expropriation applicable “for any municipal purpose”, no distinction should be made between these two phrases. The creation of land reserves is a municipal purpose.

The phrase “for purposes of a land reserve” contained in the notice of expropriation meets the requirements of s. 40(2) of the *Expropriation Act*, which provides that the notice of expropriation must contain a “precise statement of the purposes of the expropriation”. The provisions of a statute dealing with procedure, the *Expropriation Act*, should not be used to limit a right conferred in broad terms by the statute dealing with the substance of the right, namely the *Cities and Towns Act*. Since the creation of a land reserve is a municipal purpose, it follows that the phrase “for purposes of a land reserve” is sufficiently precise. By definition, a land reserve is created without the ultimate use of the immovable property it comprises being known. Any details in addition to the notice of expropriation would thus make the exercise by the town of the power contained in s. 29.4 illusory.

Where an abuse exists, there are remedies by which the expropriated party can establish that the expropriation for a land reserve is invalid. If under cover of a land reserve an expropriation was made for reasons contrary to the interests of the public as a whole, the expropriated party would be able to allege and prove the real reasons

Les juges Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: L'article 29.4 de la *Loi sur les cités et villes* permet à une ville d'acquérir des immeubles par expropriation afin de constituer une réserve foncière. Cette interprétation est la plus conforme au cadre législatif et à l'intention du législateur, et elle donne tout son sens à l'art. 29.4. Cet article, adopté en 1985, est destiné à élargir à l'ensemble des cités et villes les pouvoirs que certaines d'entre elles détenaient déjà relativement aux réserves foncières en vertu de lois privées. L'article 29.4, contrairement aux lois privées, ne donne toutefois qu'un pouvoir de possession et ne précise aucun mode d'acquisition. C'est donc par l'entremise des pouvoirs généraux d'acquisition contenus ailleurs dans la *Loi sur les cités et villes* que doit se faire l'acquisition d'immeubles pour fins de réserve foncière, soit de gré à gré en vertu de l'art. 28, soit par expropriation en vertu de l'art. 570. Ainsi toutes les cités et villes détiennent les mêmes pouvoirs d'acquisition relativement aux réserves foncières, même si les modes de rédaction varient d'un type de loi à l'autre. Bien que l'art. 29.4 traite de possession d'immeubles «à des fins de réserve foncière», alors que le par. c) de l'art. 570 rend l'expropriation applicable «pour toutes fins municipales», il n'y a pas lieu de distinguer entre ces deux expressions. La constitution de réserves foncières est une fin municipale.

La mention «pour des fins de réserve foncière» contenue à l'avis d'expropriation remplit les exigences de l'art. 40, par. 2^o de la *Loi sur l'expropriation*, qui prévoit que l'avis d'expropriation doit contenir un «énoncé précis des fins de l'expropriation». Il n'y a pas lieu d'utiliser les dispositions d'une loi relative à la procédure, la *Loi sur l'expropriation*, pour limiter un droit conféré en termes larges par la loi qui en régit la substance, soit la *Loi sur les cités et villes*. Dès lors que la constitution d'une réserve foncière est une fin municipale, il s'ensuit que la mention «pour des fins de réserve foncière» est suffisamment précise. Par définition, la réserve foncière est créée sans que l'usage ultime des immeubles qui la composent soit connu. Toute précision supplémentaire à l'avis d'expropriation rendrait donc illusoire l'exercice par la ville du pouvoir prévu à l'art. 29.4.

En cas d'abus, il existe des recours qui permettraient à un exproprié de faire valoir que l'expropriation pour fins de réserve foncière est invalide. Si une expropriation, sous couvert de réserves foncières, était faite pour des motifs contraires à l'intérêt de l'ensemble des citoyens, l'exproprié aurait la possibilité d'alléguer et de

for the expropriation. Here the appellant never questioned the respondent's good faith in this Court.

Where there is no legislation as to the way in which a municipality may express its decision, a resolution is a valid method of decision. Section 570 of the *Cities and Towns Act* does not specify whether the expropriation must be made by by-law or by resolution. The resolution adopted by the town was therefore an adequate means of deciding on the expropriation. As with the notice of expropriation, it was not necessary to define the land reserve further in the resolution.

Per Lamer C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): Section 29.4 of the *Cities and Towns Act* does not confer upon all Quebec municipalities the unqualified right to expropriate for the purposes of a land reserve. Section 570 of the Act, which deals with the municipal corporation's right of expropriation, limits it to "any municipal purpose". Although there is no specific definition of this term, it can only refer to areas of activity specifically assigned to municipal corporations in the interests of a community. The right to own immovable property for purposes of a land reserve under s. 29.4 can only be an incidental purpose, which must be related to some other genuinely municipal purpose or to the public interest.

A conclusion that a land reserve is a municipal purpose and, as such, may be the sole ground for an expropriation by a corporation, completely disregards the need to justify expropriation on the grounds of public utility. In so doing, it offends arts. 406 and 407 C.C.L.C., s. 6 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, and the general principle of sanctity of an individual's property in Quebec. It is not self-evident that expropriation for the sole purpose of creating a land reserve is in the public interest, which is what the law requires. An interpretation of s. 29.4 which permits expropriation for no other reason than the creation of a land reserve would allow municipalities to circumvent the requirement that expropriation be in the public interest, and would facilitate the abuse of the expropriation power.

Further, an unqualified power of expropriation for the purpose of a land reserve implicitly contradicts ss. 35 and 40(2) of the *Expropriation Act*. The requirement of a precise statement of the purposes of expropriation is incompatible with a power of expropriation for no other reason than the establishment of a land reserve, which is

faire la preuve des véritables motifs de l'expropriation. En l'espèce, l'appellant n'a jamais devant nous mis en doute la bonne foi de l'intimée.

En l'absence de dispositions législatives sur la manière dont une municipalité peut exprimer sa décision, la résolution est un mode de décision valide. L'article 570 de la *Loi sur les cités et villes* ne spécifie pas si l'expropriation doit être faite par règlement ou par résolution. La résolution adoptée par la ville était donc suffisante pour décider de l'expropriation. Tout comme pour l'avis d'expropriation, il n'était pas nécessaire de définir davantage la réserve foncière dans la résolution.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents): L'article 29.4 de la *Loi sur les cités et villes* ne confère pas à toutes les municipalités du Québec le droit inconditionnel d'expropriation pour fins de réserve foncière. L'article 570 de la Loi, qui traite du droit d'expropriation pour les corporations municipales, le limite à «toutes fins municipales». Même s'il n'existe pas de définition spécifique de ce terme, il ne peut s'agir que de sphères d'activités précisément attribuées aux corporations municipales dans l'intérêt d'une collectivité. Le droit, que confère l'art. 29.4, de posséder des immeubles pour des fins de réserve foncière ne peut être qu'une fin accessoire, qui doit être reliée à une autre fin vraiment municipale ou d'intérêt public.

La conclusion qu'une réserve foncière constitue une fin municipale et peut, à ce titre, constituer le seul motif d'expropriation pouvant être invoqué par une corporation municipale ne tient aucun compte de la nécessité de justifier l'expropriation par un motif d'utilité publique. Ce faisant, elle contrevient aux art. 406 et 407 C.c.B.-C., à l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et au principe général de l'inviolabilité du droit de propriété d'un individu au Québec. Il n'est pas évident en soi que l'expropriation à la seule fin de créer une réserve foncière exprime de façon manifeste qu'elle est dans l'intérêt public, ce qu'exige notre droit. Interpréter l'art. 29.4 d'une façon qui permette l'expropriation à la seule fin de créer une réserve foncière autoriserait les municipalités à contourner l'exigence que l'expropriation soit faite dans l'intérêt public et faciliterait l'abus du pouvoir d'expropriation.

De plus, le pouvoir inconditionnel d'expropriation pour fins de réserve foncière contredit implicitement l'art. 35 et l'art. 40, par. 2^o de la *Loi sur l'expropriation*. L'exigence d'un énoncé précis des fins d'expropriation est incompatible avec le pouvoir d'exproprier sans donner d'autre raison que la création d'une réserve foncière,

at the very least an imprecise reason, if it is a reason at all. A reference to the creation or expansion of a land reserve would allow the town to hide its true intentions. The requirement in s. 40(2) that a municipality state its precise reasons for expropriation is more than a procedural requirement. It is the basis for any defence which a property owner might have against a proposed expropriation.

Finally, expropriation constitutes a drastic interference with an individual's right to property and, because it is such an exorbitant power, a statute enabling expropriation must be construed restrictively. A restrictive interpretation of s. 29.4 is incompatible with the conclusion that a land reserve is a distinct municipal purpose which may serve as the sole ground for expropriation by a corporation. The section accords only a power to own property for the purposes of a land reserve. There is no reference to expropriation. Since expropriation is not the only means of acquiring property, the right to own does not necessarily confer a right to expropriate. As well, the presumption that s. 29.4 has conferred an extended expropriation power on all cities and towns in Quebec contradicts the principle that no major change in the law is presumed in the absence of clear legislative language. This presumption is not supported by the adoption, prior to the enactment of s. 29.4, of private Acts explicitly giving various municipalities the right to expropriate for the purposes of a land reserve. The assumption that previous legislation implies a change in the law which is not expressly stated is unwarranted. In any event, a simple comparison of texts shows important differences between the town charter provisions and s. 29.4.

Cases Cited

By Gonthier J.

Applied: *Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861; **distinguished:** *Société Inter-Port de Québec v. Société immobilière Irving Ltée* (1986), 37 L.C.R. 30, [1987] R.D.J. 1; *Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario*, [1973] S.C.R. 131; **referred to:** *Belcourt Inc. v. Saint-Laurent (Ville)*, [1990] R.J.Q. 1122; *Belcourt Inc. v. Kirkland (Ville)*, J.E. 90-91; *Collins v. Laval (Ville)*, J.E. 89-899; *117080 Canada Ltée v. Longueuil (City)* (1988), 39 L.C.R. 342, [1988] R.J.Q. 538; Cons. d'État, May 8, 1981, *Ministre de l'Intérieur*

qui est pour le moins un motif imprécis, sinon une absence de motif. Une référence à la création ou à l'augmentation d'une réserve foncière autoriserait la ville à cacher ses véritables intentions. L'exigence, à l'art. 40, par. 2^o, qu'une municipalité expose les raisons précises de l'expropriation constitue plus qu'une exigence procédurale. C'est le fondement de tout moyen de défense qu'un propriétaire foncier peut opposer à un projet d'expropriation.

Enfin, l'expropriation constitue une atteinte draconienne au droit de propriété du particulier et, parce qu'elle constitue un pouvoir tellement exorbitant, une loi autorisant l'expropriation doit recevoir une interprétation restrictive. Une interprétation restrictive de l'art. 29.4 est incompatible avec la conclusion qu'une réserve foncière est une fin municipale distincte qui peut constituer le seul motif d'expropriation pouvant être invoqué par une corporation municipale. La disposition ne confère qu'un pouvoir de posséder des immeubles à des fins de réserve foncière. Elle ne parle pas d'expropriation. Puisque l'expropriation n'est pas le seul moyen d'acquérir des immeubles, le droit de les posséder ne confère pas nécessairement un droit d'expropriation. De même, la présomption que l'art. 29.4 a conféré un pouvoir d'expropriation élargi à toutes les cités et villes du Québec contredit le principe qu'il ne peut y avoir présomption de changement important de l'état du droit en l'absence de dispositions législatives claires en ce sens. Cette présomption n'est pas appuyée par l'adoption, avant celle de l'art. 29.4, de lois privées qui ont explicitement accordé à diverses municipalités le droit d'expropriation pour fins de réserve foncière. On ne doit pas présumer que l'existence de textes législatifs antérieurs implique un changement de l'état du droit, en l'absence d'une mention expresse en ce sens. Quoi qu'il en soit, une simple comparaison entre les textes fait ressortir d'importantes différences entre les dispositions contenues dans les chartes municipales et l'art. 29.4.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt appliqué: *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861; **distinction d'avec les arrêts:** *Société Inter-Port de Québec c. Société immobilière Irving Ltée*, [1987] R.D.J. 1; *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131; **arrêts mentionnés:** *Belcourt Inc. c. Saint-Laurent (Ville)*, [1990] R.J.Q. 1122; *Belcourt Inc. c. Kirkland (Ville)*, J.E. 90-91; *Collins c. Laval (Ville)*, J.E. 89-899; *117080 Canada Ltée c. Longueuil (Ville)*, [1988] R.J.Q. 538; Cons. d'État, 8 mai 1981, *Ministre de l'Intérieur c.*

v. Parvau, Rec. Cons. d'Ét., p. 770; *Hamelin v. Laval (Ville)*, J.E. 88-923; *Bédard v. Québec (Ville)* (1988), 21 Q.A.C. 189; *Landreville v. Town of Boucherville*, [1978] 2 S.C.R. 801.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Harrison v. Carswell, [1976] 2 S.C.R. 200; *Société Inter-Port de Québec v. Société immobilière Irving Ltée* (1986), 37 L.C.R. 30, [1987] R.D.J. 1; *Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting land use planning and development, R.S.Q., c. A-19.1, s. 85 [am. 1983, c. 57, s. 34].

Act to amend the Charter of the City of Granby, S.Q. 1984, c. 59, s. 10.

Act to amend legislative provisions concerning municipalities, S.Q. 1983, c. 57.

Act to amend the Cities and Towns Act, S.Q. 1959-60, c. 76.

Act to amend various legislation respecting municipalities, S.Q. 1985, c. 27, s. 14.

Charter of the City of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102, art. 964b. [ad. 1973, c. 77, s. 70].

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 6.

Cities and Towns' Act, 1922, S.Q. 1922, 13 Geo. 5, c. 65.

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 28(1)(2) [repl. 1984, c. 38, s. 5], 28.1 [ad. 1983, c. 57, s. 42], 28.2(1) [*idem*], 28.3 [*idem*; am. 1984, c. 38, s. 6; am. 1985, c. 27, s. 12], 28.4 [ad. 1983, c. 57, s. 42], 29.4 [ad. 1985, c. 27, s. 14], 570.

Civil Code of Lower Canada, arts. 406, 407.

Code de l'urbanisme (France), arts. L. 222-1, L. 300-1.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 2.

Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, ss. 35, 40(2) [repl. 1983, c. 21, s. 8], 44 [repl. *idem*; am. 1986, c. 61, s. 15].

Authors Cited

Challies, George Swan. *The Law of Expropriation*, 2nd ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 1963.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke, 1809.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Translated by Katherine Lippel,

Parvau, Rec. Cons. d'Ét., p. 770; *Hamelin c. Laval (Ville)*, J.E. 88-923; *Bédard c. Québec (Ville)* (1988), 21 Q.A.C. 189; *Landreville c. Ville de Boucherville*, [1978] 2 R.C.S. 801.

a

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

b

Harrison c. Carswell, [1976] 2 R.C.S. 200; *Société Inter-Port de Québec c. Société immobilière Irving Ltée*, [1987] R.D.J. 1; *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861; *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222.

c

Lois et règlements cités

Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-60, ch. 102, art. 964b. [aj. 1973, ch. 77, art. 70].

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 6.

d

Code civil du Bas-Canada, art. 406, 407.

Code de l'urbanisme (France), art. L. 222-1, L. 300-1.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 2.

Loi des cités et villes 1922, S.Q. 1922, 13 Geo. 5, ch. 65.

e

Loi modifiant la Charte de la ville de Granby, L.Q. 1984, ch. 59, art. 10.

Loi modifiant la Loi des cités et villes, S.Q. 1959-60, ch. 76.

Loi modifiant des dispositions législatives concernant les municipalités, L.Q. 1983, ch. 57.

f

Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les municipalités, L.Q. 1985, ch. 27, art. 14.

Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 35, 40, par. 2 [repl. 1983, ch. 21, art. 8], 44 [repl. *idem*; mod. 1986, ch. 61, art. 15].

g

Loi sur l'aménagement et l'urbanisme, L.R.Q., ch. A-19.1, art. 85 [mod. 1983, ch. 57, art. 34].

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 28, par. 1, sous-par. 2 [repl. 1984, ch. 38, art. 5], 28.1 [aj. 1983, ch. 57, art. 42], 28.2, par. 1 [*idem*], 28.3 [aj. 1983, ch. 57, art. 42], 28.4 [aj. 1983, ch. 57, art. 42], 29.4 [aj. 1985, ch. 27, art. 14], 570.

i

Doctrine citée

Challies, George Swan. *The Law of Expropriation*, 2nd ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 1963.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke, 1809.

j

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

John Philpot and William Schabas. Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1991.

Dorion, Guy et Roger Savard. *Loi commentée de l'expropriation du Québec*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1979.

Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*. Toronto: Carswell, 1976.

Dorion, Guy et Roger Savard. *Loi commentée de l'expropriation du Québec*. Québec: Presses de l'Université Laval, 1979.

Maxwell on the Interpretation of Statutes, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*. Toronto: Carswell, 1976.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2668, 36 Q.A.C. 1, reversing a judgment of the Superior Court, [1988] R.J.Q. 757, [1988] R.D.I. 161. Appeal dismissed, Lamer C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Michel Bouchard, for the appellant.

Pierre Laurin, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of Justice Gonthier and, with great deference, I do not agree. I share Chouinard J.A.'s opinion in dissent in the Quebec Court of Appeal that the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., ch. C-19 (hereinafter "*C.T.A.*") has not given unqualified authority to all municipalities in the province of Quebec to expropriate for the purposes of a land reserve. Consequently, I would allow the appeal and reinstate the judgment of the Superior Court.

The facts of this case are relatively simple. The appellant owns property in the respondent municipality of Val-Bélair which is the site of his business and sole source of income, an auto body and radiator and gas tank repair shop. Before attempting to expropriate this land, the respondent, through an intermediary management company known as La Société Immoco, tried unsuccessfully to persuade the appellant to sell it. When these attempts to purchase the land failed, the municipality introduced a series of by-laws which would restrict or eliminate the type of business operated by the appellant within the town limits of Val-Bélair. In effect, this legislation created a new zone to which the appellant's business would be restricted.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 2668, 36 Q.A.C. 1, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1988] R.J.Q. 757, [1988] R.D.I. 161. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

Michel Bouchard, pour l'appelant.

Pierre Laurin, pour l'intimée.

Les motifs du juge en chef Lamer et des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance des motifs du juge Gonthier et, en toute déférence, je ne saurais être d'accord. Je partage plutôt l'opinion dissidente du juge Chouinard de la Cour d'appel du Québec que la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (ci-après «*L.C.V.*») n'accorde pas à toutes les municipalités de la province de Québec un pouvoir inconditionnel d'expropriation pour fins de réserve foncière. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure.

Les faits de la présente affaire sont relativement simples. L'appelant est propriétaire d'un terrain situé à l'intérieur du territoire de l'intimée, la municipalité de Val-Bélair, où il exploite un commerce qui constitue sa seule source de revenu, celui de la vente de pièces d'automobile et de la réparation de radiateurs et de réservoirs d'essence. Avant de tenter d'exproprier ce terrain, l'intimée, par l'intermédiaire d'une société de gestion indépendante, La Société Immoco, a vainement tenté de persuader l'appelant de le lui vendre. À la suite de ces tentatives infructueuses, la municipalité a adopté une série de règlements visant à restreindre ou à éliminer le genre de commerce exploité par l'appelant dans les limites de la ville de

This zone was confined to three pieces of property measuring 200 feet by 700 feet in total and situated in the extreme outskirts of Val-Bélaire. Following the publication of notices about this legislation, the respondent served the appellant with a notice of expropriation. The sole reason listed for the expropriation was for the purpose of creating a land reserve (*réserve foncière*).

The appellant contested the expropriation by way of motion before the Superior Court of Quebec. Larue J., at [1988] R.J.Q. 757, allowed the contestation, finding that the basis for the expropriation, s. 29.4 *C.T.A.*, did not give to municipalities the right to expropriate for the purposes of a land reserve without further specifying the intended use of the property. A majority of the Court of Appeal overturned this decision for the reasons expressed by Mailhot J.A. at [1989] R.J.Q. 2668. In her opinion, s. 29.4 created a new municipal purpose (*fin municipale*) in accordance with s. 570 *C.T.A.* In his dissent, Chouinard J.A. argued that statutes authorizing expropriation should be interpreted restrictively. Since expropriation was an exorbitant power and s. 40 of the *Expropriation Act*, R.S.Q., c. E-24 (hereinafter "*E.A.*") requires a precise statement of the reasons for it, he concluded that the power to possess property for the purposes of a land reserve was only an accessory ground for expropriation which must be tied to another, recognised municipal purpose or to the general public interest.

I agree with Gonthier J. and with the courts below that the only issue in this case is the interpretation of s. 29.4 *C.T.A.* Specifically, the validity of the respondent's attempted expropriation of the appellant's land hinges on whether or not a land reserve can be viewed, by itself, as a legitimate municipal purpose and hence, in the public interest. Before addressing this issue, however, it is necessary to review briefly the nature of property rights and expropriation in Quebec, as well as the consequences of an unfettered power of expropriation for the purposes of a land reserve.

Val-Bélaire. En réalité, ces règlements créaient une nouvelle zone à l'intérieur de laquelle serait confinée l'exploitation du commerce de l'appellant. Cette zone comportait trois lots mesurant au total 200 pieds sur 700 pieds et était située en banlieue de Val-Bélaire. Après publication des avis relatifs à ces règlements, l'intimée a signifié à l'appellant un avis d'expropriation. Le seul motif mentionné à l'appui de cette expropriation est qu'elle avait pour objet de créer une «réserve foncière».

L'appellant a contesté l'expropriation par voie de requête devant la Cour supérieure du Québec. Le juge Larue, à [1988] R.J.Q. 757, a accueilli la requête et statué que le fondement de l'expropriation, l'art. 29.4 *L.C.V.*, ne conférait pas aux municipalités le droit d'exproprier pour fins de réserve foncière sans préciser davantage l'utilisation projetée du terrain. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé ce jugement pour les motifs exprimés par le juge Mailhot, à [1989] R.J.Q. 2668. À son avis, l'art. 29.4 crée une nouvelle fin municipale, conformément à l'art. 570 *L.C.V.* Dissident, le juge Chouinard estime que les lois autorisant l'expropriation doivent s'interpréter restrictivement. Puisque l'expropriation constitue un pouvoir exorbitant et que l'art. 40 de la *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., ch. E-24 (ci-après «*L.E.*»), exige un énoncé précis des motifs d'y procéder, il conclut que le pouvoir de posséder des immeubles pour fins de réserve foncière ne peut être qu'un motif d'expropriation accessoire qui doit être lié à une autre fin municipale reconnue ou à l'intérêt public général.

Je suis d'accord avec le juge Gonthier et avec les tribunaux d'instance inférieure que la seule question ici en litige porte sur l'interprétation de l'art. 29.4 *L.C.V.* Plus particulièrement, la validité de la tentative d'expropriation du terrain de l'appellant par l'intimée dépend de la question de savoir si une réserve foncière peut être considérée, en soi, comme une fin municipale légitime et, donc, comme répondant à l'intérêt public. Cependant, avant d'examiner cette question, il y a lieu d'analyser brièvement la nature des droits de propriété et de l'expropriation au Québec ainsi que les conséquences d'un pouvoir illimité d'expropriation pour fins de réserve foncière.

I—Property Rights in Quebec

In Quebec, no one can be deprived of property unless it is in the public interest and for just compensation, according to arts. 406 and 407 of the *Civil Code of Lower Canada*:

406. Ownership is the right of enjoying and of disposing of things in the most absolute manner, provided that no use be made of them which is prohibited by law or by regulations.

407. No one can be compelled to give up his property, except for public utility and in consideration of a just indemnity previously paid.

These provisions are buttressed by s. 6 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12:

6. Every person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law.

It is significant that the right to peaceable enjoyment of property is declared not only in the *Civil Code*, but also in the Quebec *Charter*. Both the legislator and society as a whole recognise the truth of Edward Coke's adage that "a man's house is his castle, *et domus sua cuique tutissimum refugium* [and one's home is the safest refuge to everyone]" (3 Inst., at p. 161).

II—Expropriation

Since property rights are considered fundamental in our democratic society, any legislation which purports to interfere with those rights must do so in a clear, specific and precise manner. Also, and in accordance with art. 407 *C.C.L.C.*, such interference may only be effected in the interest of public utility.

Expropriation constitutes a drastic interference with an individual's right to property. It allows a government to deprive a person of his or her land. In some cases this may mean that an individual loses a home, a "safest refuge". In other cases, such as the case at bar, expropriation may lead to the loss of one's livelihood.

I—Les droits de propriété au Québec

Au Québec, une personne ne peut être privée de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste indemnité, conformément aux art. 406 et 407 du *Code civil du Bas-Canada*:

406. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements.

407. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

Ces dispositions sont renforcées par l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12:

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.

Il est significatif que le droit à la jouissance paisible de sa propriété soit déclaré non seulement dans le *Code civil*, mais aussi dans la *Charte québécoise*. Tant le législateur que l'ensemble de la société reconnaissent la véracité de l'adage d'Edward Coke que: [TRADUCTION] «La maison d'une personne est pour elle son château, *et domus sua cuique tutissimum refugium* [et constitue son refuge le plus sûr]» (3 Inst., à la p. 161).

II—L'expropriation

Puisque le droit de propriété est considéré comme un droit fondamental dans notre société démocratique, toute mesure législative qui vise à porter atteinte à ce droit doit être formulée en termes clairs et précis. En outre, conformément à l'art. 407 *C.c.B.-C.*, on ne saurait y porter atteinte que pour cause d'utilité publique.

L'expropriation constitue une atteinte draconienne au droit de propriété du particulier. Elle permet à un gouvernement de priver une personne de sa propriété. Dans certains cas, cela peut signifier que la personne perdra sa maison, son «refuge le plus sûr». Dans d'autres, comme en l'espèce, l'expropriation peut entraîner la perte du gagne-pain.

Because property is a fundamental legal right, and because expropriation is such an exorbitant power, Canadian law has consistently favoured a restrictive interpretation of statutes enabling expropriation. In *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), P.-A. Côté writes at pp. 401-2:

**STATUTES WHICH ENCROACH UPON
ENJOYMENT OF PROPERTY**

“Anglo-Canadian jurisprudence has traditionally recognized, as a fundamental freedom, the right of the individual to the enjoyment of property and the right not to be deprived thereof, or any interest therein, save by due process of law”. To this right corresponds a principle of interpretation: encroachments on the enjoyment of property should be interpreted rigorously and strictly.

Rigorous interpretation: conditions imposed by statute that limit the enjoyment of property must be respected strictly. Restrictive interpretation: if a genuine problem in interpreting such legislation arises, the judge is justified in choosing the construction that limits the effect of the law and favours the enjoyment of property.

The principle is particularly relevant to expropriation legislation.

Similarly, the following is found in *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at pp. 251-52:

Statutes which encroach on the rights of the subject, whether as regards person or property, are subject to a strict construction in the same way as penal Acts. It is a recognised rule that they should be interpreted, if possible, so as to respect such rights, and if there is any ambiguity the construction which is in favour of the freedom of the individual should be adopted. [Emphasis added.]

And finally, in the words of G. S. Challies in *The Law of Expropriation* (2nd ed. 1963), at p. 12:

[T]he right to expropriate, being an unusual and exorbitant right, must be found in the express words of a statute for the right is never implied.

Parce que la propriété constitue une garantie juridique fondamentale et que l'expropriation constitue un pouvoir tellement exorbitant, le droit canadien a constamment favorisé une interprétation restrictive des lois autorisant l'expropriation. Dans son ouvrage *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), P.-A. Côté écrit, aux pp. 457 et 458:

**LES LOIS QUI LIMITENT LA LIBRE
JOUISSANCE DES BIENS**

«La jurisprudence anglo-canadienne reconnaît traditionnellement comme une liberté fondamentale le droit de l'individu à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé, même partiellement, si ce n'est par l'application régulière de la loi». À ce droit correspond un principe d'interprétation des lois qui veut que les restrictions au droit de jouir librement des biens soient interprétées d'une manière rigoureuse et restrictive.

Interprétation rigoureuse: les conditions posées par la loi pour que la jouissance des biens puisse être restreinte doivent être respectées strictement. Interprétation restrictive: si, dans l'interprétation d'une loi qui porte atteinte au droit de jouir librement de ses biens, il surgit une réelle difficulté, un juge peut être justifié de préférer le sens qui limite les effets de la loi et permet donc la libre jouissance des biens.

Ce principe trouve application en particulier à l'égard de lois qui ont l'effet d'exproprier ou de confisquer des biens ...

Dans le même sens, le passage suivant tiré des pp. 251 et 252 de *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969):

[TRADUCTION] Les lois qui empiètent sur les droits du citoyen, que ce soit en ce qui concerne sa personne ou ses biens, doivent également faire l'objet d'une interprétation stricte à l'instar des lois pénales. Il est reconnu qu'elles doivent être interprétées, si possible, de manière à respecter de tels droits et qu'en cas d'ambiguïté, on devrait adopter l'interprétation qui favorise la liberté individuelle. [Je souligne.]

Et enfin, selon G. S. Challies, dans *The Law of Expropriation* (2^e éd. 1963), à la p. 12:

[TRADUCTION] [L]e droit d'exproprier, qui est un droit inhabituel et exorbitant, doit être prévu expressément dans un texte législatif, car il n'est jamais implicite.

See also E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (1976), at pp. 26-29, and *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200, at p. 219.

III—Land Reserves

Section 29.4. *C.T.A.* reads:

29.4. A corporation may own immovables for the purposes of a land reserve. [Emphasis added.]

Based on this provision, the majority of the Court of Appeal and my colleague Gonthier argue that a land reserve is a municipal purpose and, as such, may be the sole ground for an expropriation by a corporation. I am unable to accept this argument for two reasons. First, it leads to a conclusion which contradicts other provisions within both the *C.T.A.* and the *E.A.*, and completely disregards the need to justify expropriation on the grounds of public utility. In so doing, it offends arts. 406 and 407 *C.C.L.C.*, s. 6 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, and the general principle of sanctity of an individual's property in Quebec. Second, the interpretation of s. 29.4 used in this argument is liberal, while the construction of expropriation statutes should be restrictive.

The term "land reserve" is not defined either in the *C.T.A.* or the *E.A.* According to the majority in the Court of Appeal, a land reserve is a collection of properties the purposes of which are indeterminate at the time at which they are acquired. While this definition may be accurate for general purposes, as regards municipal expropriation, however, it does not *per se* imply the existence of a municipal purpose, because such an assumption ignores the requirement in art. 407 *C.C.L.C.* that expropriation be exercised only in the public interest. If a land reserve is defined by its lack of purpose, it is presumptively impossible to conclude that its creation is for the betterment of the collectivity. It is not self-evident that expropriation for the sole purpose of creating a land reserve is in the public interest, which is what our law requires.

Voir aussi E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (1976), aux pp. 26 à 29, et *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, à la p. 219.

III—Les réserves foncières

L'article 29.4 *L.C.V.* se lit ainsi:

29.4. Une corporation peut posséder des immeubles à des fins de réserve foncière. [Je souligne.]

Se fondant sur cette disposition, la Cour d'appel à la majorité et mon collègue le juge Gonthier estiment qu'une réserve foncière constitue une fin municipale et peut, à ce titre, constituer le seul motif d'expropriation pouvant être invoqué par une corporation municipale. Je ne puis accepter cette proposition pour deux raisons. Premièrement, elle mène à une conclusion qui contredit d'autres dispositions de la *L.C.V.* et de la *L.E.* et qui ne tient aucun compte de la nécessité de justifier l'expropriation par un motif d'utilité publique. Ce faisant, elle contrevient aux art. 406 et 407 *C.c.B.-C.*, à l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et au principe général de l'inviolabilité du droit de propriété d'un individu au Québec. Deuxièmement, on confère ainsi à l'art. 29.4 une interprétation libérale, alors que les lois en matière d'expropriation doivent être interprétées restrictivement.

L'expression «réserve foncière» n'est définie ni dans la *L.C.V.* ni dans la *L.E.* Selon la Cour d'appel à la majorité, une réserve foncière est une banque de terrains dont l'objet est indéterminé au moment où ils sont acquis. Quoique cette définition puisse être généralement exacte, en matière d'expropriation municipale, toutefois, elle ne présuppose pas en soi l'existence d'une fin municipale, car pareille présomption fait abstraction de l'exigence, prévue à l'art. 407 *C.c.B.-C.*, qu'il ne peut y avoir expropriation que dans l'intérêt public. Si une réserve foncière est définie par l'inexistence de son objet, il est présument impossible de conclure que sa création est dans l'intérêt de la collectivité. Il n'est pas évident en soi que l'expropriation à la seule fin de créer une réserve foncière exprime de façon manifeste qu'elle

On this point I adopt wholeheartedly the remarks of Chouinard J.A., who wrote at pp. 2670-71:

[TRANSLATION] Section 570, which deals with the municipal corporation's right of expropriation, limits it to "any municipal purpose". Though there is no specific definition of this term, it can only refer to areas of activity specifically assigned to municipal corporations in the interests of a community. Sections 428 and 429 of the *Cities and Towns Act* list them; it goes without saying that the number and nature of these purposes have changed over time: from primary functions such as policing and fire protection, water and sewage services, they have come to include recreation, libraries, zoning and even low-cost housing or housing designed to avoid speculation, for example. However, such purposes were always related to the interests of the community. From this point of view, the right to own immovable property for purposes of a land reserve can only be an incidental purpose, which must be related to some other genuinely municipal purpose or to the public interest.

Did the provincial legislature intend to give municipal corporations the exorbitant power of owning immovable property for purposes of business or resale and to add to this already exorbitant power that of expropriating those that own them without public interest grounds?

There is no question that s. 29.4 *C.T.A.* may be invoked accessorially by municipalities wishing to expropriate property for other legitimate purposes in the public interest. For example, a town might wish to expropriate in order to create a park, to rezone for industrial needs, or to prevent speculation. In particular in the latter example, it might not be capable of specifying the exact use which the property might ultimately serve. However, the reason for the expropriation itself would be a legitimate municipal purpose; that is, the creation of a recreational or industrial area, or the prevention of a socio-economic ill. The principal purpose of the expropriation would be the interest of the collectivity; the accessory would be the creation of a land reserve, which is all that the text of s. 29.4 *C.T.A.* explicitly permits.

An interpretation of s. 29.4 which allows expropriation for no other reason than the creation of a land reserve would allow municipalities to circumvent the

est dans l'intérêt public, ce qu'exige notre droit. À cet égard, j'adopte sans réserve les remarques du juge Chouinard, qui écrit, aux pp. 2670 et 2671:

L'article 570, qui traite du droit d'expropriation pour les corporations municipales, le limite à «toutes fins municipales». Même s'il n'existe pas de définition spécifique de ce terme, il ne peut s'agir que de sphères d'activités précisément attribuées aux corporations municipales dans l'intérêt d'une collectivité; les articles 428 et 429 de la *Loi sur les cités et villes* les énumèrent. Il va de soi que le nombre et la nature de ces fins ont évolué avec le temps: d'utilité primaire, tels les services de police, et de protection contre l'incendie, les services d'aqueduc et d'égout, on est passé aux loisirs: bibliothèques, terrains de jeux, piscines, aménagements paysagers, parcs, berges, zonage et même à l'habitation quant aux logements à prix modique ou destinés à éviter la spéculation, à titre d'exemples. Toujours, cependant, ces fins étaient reliées aux intérêts de la collectivité. Dans cette optique, le droit de posséder des immeubles pour des fins de réserve foncière ne peut être qu'une fin accessoire, qui doit être reliée à une autre fin vraiment municipale ou d'intérêt public.

Le législateur provincial aurait-il voulu donner aux corporations municipales le pouvoir exorbitant de posséder des immeubles à des fins de commerce ou de revente et ajouter à ce pouvoir, déjà exorbitant, celui d'exproprier ceux qui les possèdent sans motif d'intérêt public?

Il n'y a pas de doute que l'art. 29.4 *L.C.V.* peut être invoqué de façon accessoire par les municipalités désireuses d'exproprier des terrains à d'autres fins légitimes dans l'intérêt public. Par exemple, une ville peut vouloir exproprier dans le but de créer un parc, de rezoner à des fins industrielles ou d'empêcher la spéculation. Dans ce dernier cas, en particulier, la ville pourrait bien être incapable de préciser exactement l'utilisation ultime du terrain. Toutefois, l'expropriation elle-même répondrait à une fin municipale légitime, soit la création d'une zone récréative ou industrielle ou la prévention d'un mal socio-économique. L'objet principal de l'expropriation serait l'intérêt collectif; l'objet accessoire serait la création d'une réserve foncière, ce qui est tout ce que vise explicitement le texte de l'art. 29.4 *L.C.V.*

Interpréter l'art. 29.4 d'une façon qui permette l'expropriation à la seule fin de créer une réserve foncière autoriserait les municipalités à contourner l'exi-

requirement that expropriation be in the public interest, and would facilitate the abuse of the expropriation power. This case provides a signal example, as Chouinard J.A. points out at pp. 2671-72:

[TRANSLATION] Furthermore, the use of the expropriation power by the appellant municipal corporation without further clarification seems to me quite wrong, when we know (as indicated by the evidence) that the same corporation tried unsuccessfully to acquire the respondent's property, even using an independent property management company for this purpose

In short, the equation of land reserves with a municipal purpose could lend itself to great abuses. So long as corporations must show why it is in the public interest that individuals sell their property, there is scope for challenge of their decisions by the individuals affected as well as by members of the public who might disagree with the corporation's intentions. But, in the absence of this requirement, there is no check on a municipality's power to expropriate, and no basis on which to challenge its decisions.

Given this problem, it is unsurprising that the unqualified power of expropriation for the purpose of a land reserve implicitly contradicts certain provisions of the *E.A.* Section 35 *E.A.* establishes the supremacy of its provisions over those of any other law with regard to expropriation:

35. This title applies to all expropriations authorized by the laws of Québec and prevails over the inconsistent provisions of any general law or special act.

Section 40(2) sets out the procedure for expropriation:

40. Expropriation proceedings commence by service, on the owner of the immovable or the holder of the immovable real right to be expropriated, of a notice of expropriation containing the following particulars:

(2) a precise statement of the purposes of the expropriation;

If a land reserve is a municipal purpose, then a municipality need only inform a landowner that his

gence que l'expropriation soit faite dans l'intérêt public et faciliterait l'abus du pouvoir d'expropriation. La présente affaire en est un exemple frappant, comme le souligne le juge Chouinard, aux pp. 2671 et 2672:

Au surplus, tout à fait abusive m'apparaît l'utilisation du pouvoir d'expropriation par la corporation municipale appelante, sans plus de précision, quand on sait (la preuve l'a révélé) que la même corporation avait tenté sans succès d'acquérir l'immeuble de l'intimé, utilisant même une société de gestion immobilière indépendante à cette fin

Bref, l'assimilation des réserves foncières à une fin municipale pourrait conduire à de graves abus. Dans la mesure où les corporations municipales doivent démontrer pourquoi il est dans l'intérêt public que des particuliers vendent leur propriété, les particuliers touchés et les membres du public qui pourraient être en désaccord avec les intentions de ces corporations peuvent contester ces décisions. Toutefois, en l'absence de cette exigence, il n'existe aucun moyen de limiter le pouvoir d'expropriation d'une municipalité et aucun motif de contester ses décisions.

Dans cette optique, il n'est pas étonnant que le pouvoir inconditionnel d'expropriation pour fins de réserve foncière contredise implicitement certaines dispositions de la *L.E.* L'article 35 *L.E.* établit la primauté de ses dispositions sur toute autre loi en matière d'expropriation:

35. Le présent titre régit toutes les expropriations permises par les lois du Québec et prévaut sur les dispositions inconciliables de toute loi générale ou spéciale.

Le paragraphe 2° de l'art. 40 énonce la procédure d'expropriation:

40. L'instance d'expropriation commence par la signification au propriétaire de l'immeuble ou titulaire du droit réel immobilier à exproprier d'un avis d'expropriation contenant notamment:

2° un énoncé précis des fins de l'expropriation;

Si une réserve foncière est une fin municipale, alors une municipalité n'a qu'à informer le proprié-

or her property is required for that reason (as, indeed, the respondent notified the appellant in this case). This hardly constitutes a precise statement of intent. As Larue J. commented at trial at p. 759:

[TRANSLATION] Section 40(2) of the *Expropriation Act* requires that the city state precisely the use it intends to make of the land it wishes to acquire. Mere notice that the city wishes to acquire the land for purposes of a land reserve does not meet this requirement. Such a reference to the creation or expansion of a land reserve would allow the city to hide its true intentions, since it could thus indefinitely delay or subsequently alter the use of the expropriated land. Accordingly, the owner would not be informed of the city's true intentions. [Emphasis added.]

In a similar vein, Chouinard J.A. cited ss. 40(2) and 35 *E.A.* and wrote in his dissent at p. 2671:

[TRANSLATION] Accordingly, the need for a precise statement of the purposes of expropriation seems to me incompatible with a municipal corporation being able to expropriate without giving any reason other than a land reserve, which is at the very least an imprecise reason, if it is a reason at all.

I agree with this logic, and consequently cannot accept the reasoning of the majority of the Court of Appeal to the effect that a property-owner might still challenge an expropriation which purported to be for the purpose of a land reserve, but which actually hid improper motives. An expropriation notice which informs a property owner that he is being forced to sell his land to the municipality, without any indication of why his particular property is being singled out for the benefit of the collectivity, leaves him without any real means to contest the decision. It puts the burden on the individual to discover the municipality's reasons, whereas the *E.A.* clearly establishes that the onus is on the municipality to state its intentions with regard to property it wishes to expropriate.

Gonthier J. dismisses this argument, based on the characterisation of s. 40(2) *E.A.* as a procedural rule.

taire foncier qu'elle a besoin de son terrain à cette fin (comme l'intimée en a avisé l'appelant en l'espèce). Cela ne constitue guère une déclaration d'intention précise. Comme le juge Larue l'a fait observer au procès, à la p. 759:

Le paragraphe 2 de l'article 40 de la *Loi sur l'expropriation* exige que la ville dénonce avec précision l'usage qu'elle entend faire du terrain dont elle veut se porter propriétaire. Le simple avis que la ville désire s'approprier le terrain pour fins de réserve foncière ne rencontre pas cette exigence. En effet, une semblable référence à la création ou à l'augmentation d'une réserve foncière autoriserait la ville à cacher ses véritables intentions, puisqu'elle pourrait ainsi retarder indéfiniment ou modifier ultérieurement l'utilisation du terrain exproprié. Ainsi, le propriétaire ne serait pas mis au courant des véritables intentions de la ville. [Je souligne.]

Dans la même veine, le juge Chouinard mentionne le par. 2^o de l'art. 40 et l'art. 35 *L.E.* et, dans sa dissidence, précise ce qui suit, à la p. 2671:

Ainsi, la nécessité d'un énoncé précis des fins d'expropriation me semble incompatible avec la possibilité pour une corporation municipale d'exproprier sans donner d'autre raison qu'une réserve foncière, qui est pour le moins un motif imprécis, sinon une absence de motif.

Je suis d'accord avec cette logique et, en conséquence, je ne puis accepter le raisonnement de la Cour d'appel à la majorité, selon lequel le propriétaire d'un terrain pourrait toujours contester une expropriation qui viserait apparemment à créer une réserve foncière, mais qui dissimulerait, en réalité, des motifs irréguliers. Le propriétaire foncier qui reçoit un avis d'expropriation l'informant qu'il est forcé de vendre son terrain à la municipalité, sans aucune indication du motif pour lequel c'est son terrain qui a été choisi au profit de la collectivité, ne possède aucun moyen véritable de contester cette décision. Dans un tel cas, on impose au particulier la charge de découvrir les motifs de la municipalité, alors que la *L.E.* prévoit clairement qu'il appartient à la municipalité de préciser ses intentions relativement au terrain qu'elle veut exproprier.

Le juge Gonthier rejette ce moyen en qualifiant de règle de procédure le par. 2^o de l'art. 40 *L.E.* En toute

With respect, the requirement that a municipality state its precise reasons for expropriation is more than a procedural requirement. Section 40(2) is the basis for any defence which a property owner might have against a proposed expropriation. In turn, the idea that a municipality must demonstrate the need for a particular immovable underlies art. 407 C.C.L.C. Monet J.A. of the Quebec Court of Appeal wrote in the earlier case of *Société Inter-Port de Québec v. Société immobilière Irving Ltée* (1986), 37 L.C.R. 30, [1987] R.D.J. 1, at p. 34 L.C.R.:

[TRANSLATION] The Act requires not only a statement, but a precise statement.

The basis of this requirement is the principle rooted in our substantive law which is reflected in art. 407 of the Civil Code:

407. No one can be compelled to give up his property, except for public utility and in consideration of a just indemnity previously paid.

In other words, not only does the owner have the right to ensure the existence of the right to expropriate, but also to ensure the fact that the intended expropriation is for public utility. Also, when the Legislature requires that the statement be precise, it means that the facts must be set forth therein so as to allow an owner to verify that the right to expropriate is being exercised in the context of public utility.

As Chouinard J.A. points out, *Société Inter-Port de Québec* is directly relevant to the case at bar, since the general provisions of the *E.A.* prevail in both instances. Expropriation impinges drastically on private rights, and the notice required by s. 40(2) *E.A.* is the only way the individual may ascertain the reasons for the impingement. Thus, the contradiction between the general right of expropriation at s. 29.4 which the respondent claims, and the requirement of a precise statement in the expropriation notice, argues strongly for a restrictive interpretation of the land reserve power limiting it to an accessory role in municipal expropriations.

The second basis for my rejection of the definition of a land reserve as a distinct municipal purpose is

déférence, l'exigence qu'une municipalité expose les raisons précises de l'expropriation constitue plus qu'une exigence procédurale. Le paragraphe 2^o de l'art. 40 est le fondement de tout moyen de défense qu'un propriétaire foncier peut opposer à un projet d'expropriation. Par ailleurs, l'idée qu'une municipalité doit démontrer pourquoi elle a besoin d'un immeuble particulier sous-tend l'art. 407 C.c.B.-C. Le juge Monet de la Cour d'appel du Québec a écrit dans l'arrêt *Société Inter-Port de Québec c. Société immobilière Irving Ltée*, [1987] R.D.J. 1, aux pp. 5 et 6:

La loi exige non seulement un énoncé, mais un énoncé précis.

Le fondement de cette exigence est le principe enraciné dans notre droit positif et reflété par l'article 407 C.C.B.-C.

407. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pas pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

En d'autres termes, non seulement le propriétaire a-t-il le droit de s'assurer de l'existence du droit à l'expropriation, mais encore du fait que l'expropriation envisagée est pour cause d'utilité publique. Aussi, lorsque le législateur exige que l'énoncé soit précis, il impose que des faits y soient articulés de nature à permettre au propriétaire de contrôler si l'exercice du droit à l'expropriation entre dans le cadre de l'utilité publique.

Comme le juge Chouinard le souligne, l'arrêt *Société Inter-Port de Québec* s'applique directement à l'espèce puisque, dans les deux cas, les dispositions générales de la *L.E.* l'emportent. L'expropriation porte gravement atteinte aux droits privés et l'avis exigé au par. 2^o de l'art. 40 *L.E.* est la seule façon dont le particulier peut connaître les motifs de cette atteinte. Ainsi, la contradiction entre le droit général d'exproprier, à l'art. 29.4, que revendique l'intimée et l'exigence d'un énoncé précis dans l'avis d'expropriation milite fortement en faveur d'une interprétation restrictive du pouvoir de créer des réserves foncières, qui le limiterait à un rôle accessoire dans les expropriations municipales.

Le deuxième motif pour lequel je rejette la définition d'une réserve foncière comme fin municipale

the rule of interpretation that expropriation statutes will be restrictively construed. The absence of a reference to expropriation in s. 29.4 is striking. The plain words of the legislation accord only a power to own property for the purposes of a land reserve. According to s. 28(1)(2) *C.T.A.*, a municipality may acquire property "by purchase, donation, devise or otherwise". Even if the expropriation power could be extended through implicit language (which contradicts authorities such as *Challies*, cited *supra*), the power to expropriate for the purposes of a land reserve is not even necessarily implied by s. 29.4. All that s. 29.4 *C.T.A.* clearly states is that municipalities may own properties. Since expropriation is not the only means of acquiring property, the right to own does not necessarily confer a right to expropriate. I hence agree with Chouinard J.A., who concluded at p. 2670:

[TRANSLATION] . . . the power given to municipal corporations by s. 29.4 does not of itself confer the right of expropriation governed by s. 570.

And further at p. 2671:

[TRANSLATION] It must be borne in mind that a municipal corporation cannot have more powers or "municipal purposes" than those expressly given by the provincial government.

See also on this point: *Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861, and *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222.

As well, the presumption that s. 29.4 has conferred an extended expropriation power to all cities and towns in Quebec contradicts the principle that no important change in the law is presumed in the absence of clear legislative language. Gonthier J. points out that s. 29.4 was preceded by the adoption, from 1973 to 1984, of about thirty private Acts which explicitly gave the right to expropriate for the purposes of a land reserve to various municipalities. He cites s. 964*b*. of the *Charter of the City of Montreal, 1960* enacted in 1973, as a typical enabling provision:

distincte est la règle d'interprétation suivant laquelle les lois en matière d'expropriation doivent être interprétées restrictivement. Il est frappant que l'art. 29.4 ne parle pas d'expropriation. La disposition ne confère qu'un pouvoir de posséder des immeubles à des fins de réserve foncière. En vertu de l'art. 28, par. 1, sous-par. 2^o *L.C.V.*, une municipalité peut acquérir des immeubles «par achat, donation, legs ou autrement». Même si le pouvoir d'expropriation pouvait être élargi d'une façon implicite (ce qui contredit des auteurs comme *Challies*, *op. cit.*), le pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière n'est même pas implicitement prévu à l'art. 29.4. Tout ce que mentionne clairement l'art. 29.4 *L.C.V.* est qu'une corporation peut posséder des immeubles. Puisque l'expropriation n'est pas le seul moyen d'acquérir des immeubles, le droit de les posséder ne confère pas nécessairement un droit d'expropriation. Je partage en conséquence l'opinion du juge Chouinard qui conclut, à la p. 2670:

. . . le seul pouvoir donné aux corporations municipales par l'article 29.4 ne confère pas pour autant le droit d'expropriation régi par l'article 570.

Et ensuite, à la p. 2671:

Faut-il rappeler qu'une corporation municipale ne peut posséder plus de pouvoirs ou de «fins municipales» que celles expressément données par l'autorité provinciale?

Voir aussi à ce sujet l'arrêt *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861, et *City of Verdun v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 R.C.S. 222.

De même, la présomption que l'art. 29.4 a conféré un pouvoir d'expropriation élargi à toutes les cités et villes du Québec contredit le principe qu'il ne peut y avoir présomption de changement important de l'état du droit en l'absence de dispositions législatives claires en ce sens. Le juge Gonthier souligne que l'art. 29.4 a été précédé par l'adoption, entre 1973 et 1984, d'une trentaine de lois privées qui ont explicitement accordé à diverses municipalités le droit d'expropriation pour fins de réserve foncière. Il mentionne l'art. 964*b*. de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960*, adopté en 1973, comme une disposition habilitante typique:

964b. Notwithstanding any act to the contrary, the city is authorized to acquire by agreement or expropriation, any immovable whose acquisition is considered appropriate for real estate reserves

Based on the proliferation of these private Acts before 1984 and the enactment of s. 29.4 in 1985, my colleague Gonthier concludes that there is "no doubt that the legislature intended all cities and towns to be able to have land reserves". While this is no doubt accurate, this does not automatically give to municipalities the power to expropriate in the absence of municipal purposes.

The assumption that previous legislation implies a change in the law which is not expressly stated is unwarranted. According to *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, *supra*, at p. 116:

It is presumed that the legislature does not intend to make any change in the existing law beyond that which is expressly stated in, or follows by necessary implication from, the language of the statute in question. It is thought to be in the highest degree improbable that Parliament would depart from the general system of law without expressing its intention with irresistible clearness, and to give any such effect to general words merely because this would be their widest, usual, natural or literal meaning would be to place on them a construction other than that which Parliament must be supposed to have intended. If the arguments on a question of interpretation are "fairly evenly balanced, that interpretation should be chosen which involves the least alteration of the existing law."

Beyond this interpretative principle, the comparison of the private Acts with s. 29.4 C.T.A. is simply not that instructive. Even if it can be argued that the private Act amendments gave certain cities the unfettered right to expropriate for land reserves, a simple comparison of texts shows important differences between the town charter provisions and s. 29.4. If s. 29.4 represents an amendment like those enacted through earlier private Acts, why is it not phrased in the same careful terms? For example, the amendment to the *Charter of the City of Montreal, 1960* begins "Notwithstanding any act to the contrary. . .", which arguably removes it from the restriction of municipal purposes in the *Civil Code*, the C.T.A., and the E.A. Since we do not have to decide this point, I will

964b. Nonobstant toute loi à ce contraire, la ville est autorisée à acquérir, de gré à gré ou par expropriation, tout immeuble dont l'acquisition est jugée appropriée pour fins de réserve foncière

En raison de la kyrielle de lois privées adoptées avant 1984 et de l'adoption de l'art. 29.4 en 1985, mon collègue le juge Gonthier conclut qu'il ne fait «aucun doute que le législateur a voulu que toutes les cités et villes puissent détenir des réserves foncières». Bien que ce soit certainement exact, cela ne confère pas automatiquement aux municipalités un pouvoir d'exproprier en l'absence de fins municipales.

On ne doit pas présumer que l'existence de textes législatifs antérieurs implique un changement de l'état du droit, en l'absence d'une mention expresse en ce sens. Selon *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, *op. cit.*, à la p. 116:

[TRADUCTION] On suppose que le législateur n'a pas l'intention de modifier l'état actuel du droit au-delà de ce qui est prévu expressément ou de ce qui découle, par déduction nécessaire, du texte même de la loi en question. On estime qu'il est fort peu probable que le Parlement déroge au régime juridique général sans exprimer son intention avec une clarté irrésistible; donner pareil effet à des termes généraux simplement parce que ce serait là leur sens le plus large, habituel, naturel ou littéral reviendrait à donner à ces termes une interprétation autre que celle qu'il faut supposer que le Parlement a voulu leur donner. Si les arguments relatifs à une question d'interprétation sont «assez également partagés, l'interprétation à retenir devrait être celle qui modifie le moins le droit existant.»

Au-delà de ce principe d'interprétation, la comparaison entre les lois privées et l'art. 29.4 L.C.V. n'est tout simplement pas si utile. Même si l'on peut soutenir que des modifications apportées par voie de lois privées ont conféré à certaines cités le droit illimité d'expropriation pour fins de réserve foncière, une simple comparaison entre les textes fait ressortir d'importantes différences entre les dispositions contenues dans les chartes municipales et l'art. 29.4. Si l'article 29.4 représente une modification comme celles adoptées antérieurement au moyen de lois privées, pourquoi alors n'est-il pas formulé avec le même soin? Par exemple, la modification de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960* débute ainsi: «Nonobstant toute loi à ce contraire . . .», ce qui, pourrait-on soute-

refrain from discussing it at length. However, it is hard to believe that these private Act amendments, despite their more precise language, circumvent the requirement of public interest any more than s. 29.4 *C.T.A.*, given that s. 35 *E.A.* proclaims its supremacy over all laws which are irreconcilable with its provisions. The extension of the unqualified right to expropriate for the purpose of a land reserve to all Quebec cities and towns would, as discussed above, offend the notion that public utility must underlie expropriation.

IV—Conclusion

For these reasons, I conclude that s. 29.4 *C.T.A.* does not confer upon all Quebec municipalities the unqualified right to expropriate for the purposes of a land reserve. The respondent Val-Bélaire accordingly could not expropriate the appellant's land on that basis. The stated grounds for expropriation in the notice to appellant did not meet the requirements of the *E.A.*, and the notice is therefore null. I would thus allow the appeal with costs and restore the decision of the trial judge ordering that all expropriation procedures undertaken so far by the respondent are to cease immediately.

English version of the judgment of Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. delivered by

GONTHIER J.—This case concerns the existence of a power to expropriate for a land reserve pursuant to the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 (hereinafter “*C.T.A.*”) and, if such be the case, how it is exercised.

I—Facts

The appellant, Alexandre Leiriao, is the owner of the piece of land within the territory of the respondent, the town of Val-Bélaire, where he operates a business selling retail automobile parts as well as

nir, soustrait la ville à l'obligation de divulguer une fin municipale prévue au *Code civil*, à la *L.C.V.* et à la *L.E.*. Comme nous n'avons pas à trancher cette question, je m'abstiendrai de l'examiner en profondeur. Toutefois, il est difficile de croire que ces modifications apportées par voie de lois privées, bien qu'elles soient formulées d'une façon plus précise, permettent de contourner l'exigence d'un but d'intérêt public plus que ne le fait l'art. 29.4 *L.C.V.*, puisque l'art. 35 *L.E.* proclame que ses dispositions prévalent sur les dispositions inconciliables de toute autre loi. L'attribution, à toutes les cités et villes du Québec, du pouvoir inconditionnel d'exproprier afin de créer une réserve foncière irait, comme nous l'avons vu, à l'encontre de la notion que l'expropriation doit se faire pour cause d'utilité publique.

IV—Conclusion

Pour ces motifs, je conclus que l'art. 29.4 *L.C.V.* ne confère pas à toutes les municipalités du Québec le droit inconditionnel d'expropriation pour fins de réserve foncière. L'intimée, la municipalité de Val-Bélaire, ne pouvait donc exproprier le terrain de l'appelant pour ce motif. Les motifs de l'expropriation mentionnés dans l'avis signifié à l'appelant ne satisfont pas aux exigences de la *L.E.* et cet avis est donc entaché de nullité. J'accueillerais le pourvoi avec dépens et je rétablirais le jugement de première instance ordonnant que toutes les procédures d'expropriation entreprises jusqu'ici par l'intimée prennent fin immédiatement.

Le jugement des juges Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Le présent litige porte sur l'existence d'un pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière selon la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (ci-après «*L.C.V.*») et, le cas échéant, sur ses modes d'exercice.

I—Les faits

L'appelant, Alexandre Leiriao, est propriétaire d'un terrain à l'intérieur du territoire de l'intimée, la ville de Val-Bélaire, où il exploite un commerce de vente au détail de pièces d'automobile ainsi qu'un

repairing radiators and gas tanks. This type of business is commonly known as a "scrap yard".

In 1983 it was decided to extend Boulevard Henri IV to Val-Bélaire. The appellant's business, which until then had been located on the outskirts, would now be located at the entrance to Val-Bélaire by Boulevard Henri IV.

As a consequence of these changes the respondent tried to purchase the appellant's immovable property together with other adjoining properties by mutual agreement. In early 1987 it gave a real estate firm a mandate to do this. The firm was able to buy the property adjoining that of the appellant, which was used for a similar business. On February 25, 1987 the appellant refused an offer to purchase his property.

On July 23, 1987 the respondent adopted a resolution authorizing expropriation of the appellant's immovable property, a resolution which reads as follows:

[TRANSLATION] **Resolution No. 87-7166:** Mandate — Flynn, Rivard & Associés law firm — Land expropriation — Avenue Industrielle.

Whereas the municipal council must acquire the necessary immovable property for a land reserve;

Councillor Claude Beaupré proposes, seconded by Councillor Roger Naud,

THAT the preceding preamble be an integral part hereof;

THAT the municipal council authorize expropriation of the immovable property owned by J. Alexandre Leiriao and located at 2020 avenue Industrielle, Val-Bélaire, known and designated as lot No. 442-1 of the official cadastre of the parish of Saint-Ambroise-de-la-Jeune-Lorette, the whole pursuant to the provisions of the Cities and Towns Act and the Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24;

THAT the municipal council give the law firm Flynn, Rivard & Associés a mandate to take the necessary steps to expropriate this property.

On August 7, 1987 a notice of expropriation was served on the appellant:

commerce de réparation de radiateurs et de réservoirs d'essence. Ce genre de commerce est plus communément connu sous le nom de «cour à scrap».

En 1983, il fut décidé de prolonger le boulevard Henri IV jusqu'à Val-Bélaire. Le commerce de l'appellant, qui jusqu'alors se trouvait en périphérie, allait désormais être situé à l'entrée de Val-Bélaire par le boulevard Henri IV.

À la suite de ces changements, l'intimée a tenté d'acquérir de gré à gré l'immeuble de l'appellant, ainsi que d'autres immeubles voisins. Au début de l'année 1987, elle a pour ce faire donné mandat d'acquérir à une société immobilière. Celle-ci a réussi à acquérir le terrain voisin de celui de l'appellant, qui servait à un commerce similaire. L'appellant a refusé une offre d'achat de son immeuble le 25 février 1987.

Le 23 juillet 1987, l'intimée adoptait une résolution autorisant l'expropriation de l'immeuble de l'appellant, résolution qui se lit ainsi:

Résolution No. 87-7166: Mandat—firme légale Flynn, Rivard & Associés—expropriation de terrains—avenue Industrielle.

Attendu que le conseil municipal doit s'appropriier les immeubles nécessaires pour fins de réserve foncière;

Il est proposé par M. le conseiller Claude Beaupré, appuyé par M. le conseiller Roger Naud,

QUE le préambule ci-dessus fasse partie intégrante de la présente.

QUE le conseil municipal autorise l'expropriation de l'immeuble appartenant à monsieur J. Alexandre Leiriao, situé au 2020, avenue Industrielle, Val-Bélaire, connu et désigné comme étant le lot numéro 442-1 du cadastre officiel de la paroisse de Saint-Ambroise-de-la-Jeune-Lorette, le tout conformément aux prescriptions prévues à la Loi sur les Cités et Villes et à la Loi sur l'expropriation, L.R.Q., c. E-24.

QUE le conseil municipal donne mandat à l'étude légale Flynn, Rivard & Associés de prendre les procédures nécessaires afin d'exproprier cet immeuble.

Le 7 août 1987, un avis d'expropriation était signifié à l'appellant:

[TRANSLATION] TO THE EXPROPRIATED PARTY:

1. PLEASE BE ADVISED that, pursuant to resolution No. 87-7166 adopted on July 23, 1987, the town of Val-Bélaire is expropriating the following lot in the official cadastre of the parish of St-Ambroise de la Jeune Lorette, Québec Registration Division, hereinafter described and owned by you:

[description of property follows]

2. The town of Val-Bélaire is expropriating the aforementioned immovable property for purposes of a land reserve;

[the following paragraphs set out the expropriated party's rights and obligations and an appendix concerning lessees of the property].

The appellant challenged the respondent's right to expropriate in the Superior Court, in accordance with the procedure provided by s. 44 of the *Expropriation Act*, R.S.Q., c. E-24 (hereinafter "E.A."). The Superior Court allowed his application and quashed the resolution and the notice of expropriation. The respondent appealed to the Court of Appeal, which allowed the appeal, dismissing the appellant's objection. The appellant appealed to this Court.

II—Applicable Legislation

Certain legislative provisions which are fundamental to the case follow:

Cities and Towns Act

29.4. A corporation may own immovables for the purposes of a land reserve.

570. The council may, by complying with the provisions of sections 571 and 572 and the expropriation procedure established by law,

. . .

(c) expropriate any immovable property, any part thereof or any servitude it may need for any municipal purpose, including the parking of motor vehicles.

The foregoing provisions of this section shall not be regarded as restricting the right which the council may otherwise have to acquire, by mutual agreement, immovables for the same purposes.

À L'EXPROPRIÉ:

1. PRENEZ AVIS que la Ville de Val-Bélaire, conformément à la résolution numéro 87-7166 adoptée le 23 juillet 1987, exproprie le lot suivant du cadastre officiel de la paroisse de St-Ambroise de la Jeune Lorette, division d'enregistrement de Québec, ci-après décrit et dont vous êtes propriétaire:

b [suit la désignation de l'immeuble]

2. La Ville de Val-Bélaire exproprie l'immeuble ci-haut décrit pour des fins de réserve foncière;

c [suivent des paragraphes énonçant les droits et obligations de l'exproprié, ainsi qu'un annexe au sujet des locataires de l'immeuble].

L'appelant a contesté le droit à l'expropriation de l'intimée devant la Cour supérieure, conformément à la procédure prévue à l'art. 44 de la *Loi sur l'expropriation*, L.R.Q., ch. E-24 (ci-après «L.E.»). La Cour supérieure a accueilli sa requête et annulé la résolution et l'avis d'expropriation. L'intimée a interjeté appel auprès de la Cour d'appel, qui a accueilli l'appel, rejetant la contestation de l'appelant. L'appelant se pourvoit devant cette Cour.

f II—Les dispositions législatives pertinentes

Il convient de reproduire certains textes législatifs qui sont au cœur du litige.

g *Loi sur les cités et villes*

29.4. Une corporation peut posséder des immeubles à des fins de réserve foncière.

570. Le conseil peut, en se conformant aux dispositions des articles 571 et 572 et aux procédures d'expropriation prévues par la loi,

. . .

c s'approprier tout immeuble ou partie d'immeuble ou servitude dont il a besoin pour toutes fins municipales, y compris le stationnement des voitures automobiles.

Les dispositions ci-dessus du présent article ne doivent pas être interprétées comme restreignant le droit que le conseil peut posséder par ailleurs d'acquérir de gré à gré des immeubles pour les mêmes fins.

Expropriation Act

40. Expropriation proceedings commence by service, on the owner of the immovable or the holder of the immovable real right to be expropriated, of a notice of expropriation containing the following particulars:

(2) a precise statement of the purposes of the expropriation;

III—Decisions of Courts Below*Superior Court, [1988] R.J.Q. 757*

Larue J. defined a land reserve as [TRANSLATION] “a bank of land the use of which is not yet known” (p. 759). As s. 29.4 *C.T.A.* deals only with ownership, the basis for a power to expropriate to create a land reserve must be sought elsewhere.

According to Larue J., s. 570 *C.T.A.*, which gives a council a general power of expropriation, must be strictly construed in so far as the expropriation deprives the taxpayer of enjoyment of his property. Thus the expression “municipal purpose” in s. 570 must be limited to the public services which the *C.T.A.* makes the municipality responsible for, and this excludes the creation of land reserves.

Larue J. was also of the view that simply mentioning “for purposes of a land reserve” in the notice of expropriation did not meet the requirements of s. 40(2) *E.A.*, as the owner was unable to determine the town’s true intentions.

*Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2668*Mailhot J.A.

Mailhot J.A. did not share the opinion of Larue J. She considered that the adding of s. 29.4 *C.T.A.* in 1985 created a new municipal purpose and that the power of expropriation in s. 570 *C.T.A.* necessarily applies to this.

She saw s. 28.1 *C.T.A.*, which is put forward as an example of a comparable power but expressly accom-

Loi sur l'expropriation

40. L’instance d’expropriation commence par la signification au propriétaire de l’immeuble ou au titulaire du droit réel immobilier à exproprier d’un avis d’expropriation contenant notamment:

2° un énoncé précis des fins de l’expropriation;

III—Les décisions des tribunaux d’instance inférieure*Cour supérieure, [1988] R.J.Q. 757*

Le juge Larue définit la réserve foncière comme «une banque de terrains dont on ne connaît pas encore l’usage» (p. 759). Comme l’art. 29.4 *L.C.V.* ne traite que de possession, il faut donc chercher ailleurs le fondement d’un pouvoir d’expropriation pour la constitution d’une réserve foncière.

Selon le juge Larue, l’art. 570 *L.C.V.*, qui donne au conseil un pouvoir d’expropriation général, doit être interprété strictement, dans la mesure où l’expropriation prive le contribuable de la jouissance de ses biens. Ainsi l’expression «fins municipales» contenue à l’art. 570 doit se limiter aux services publics que la *L.C.V.* met à la charge de la municipalité, ce qui exclut la constitution de réserves foncières.

Par ailleurs, le juge Larue est d’avis que la simple mention «pour des fins de réserve foncière» à l’avis d’expropriation ne satisfait pas aux conditions de l’art. 40, par. 2° *L.E.*, car elle ne permet pas au propriétaire de connaître les véritables intentions de la ville.

*Cour d’appel, [1989] R.J.Q. 2668*Le juge Mailhot

Le juge Mailhot ne partage pas l’opinion du juge Larue. Elle considère que l’ajout de l’art. 29.4 *L.C.V.* en 1985 a créé une nouvelle fin municipale et que le pouvoir d’expropriation de l’art. 570 *L.C.V.* s’y applique nécessairement.

Elle voit l’art. 28.1 *L.C.V.*, qui est présenté comme un exemple de pouvoir comparable mais expressé-

panied by a power to expropriate, as an exceptional power, which requires express mention of a power to acquire by expropriation in s. 28.2. The acquisition of immovable property in connection with a special planning program for the downtown area, with a view to resale, goes beyond municipal purposes.

She also examined the series of private Acts which have given several Quebec cities and towns a power of expropriation so they can create land reserves. She concluded that the legislature could not have intended to deprive the other cities and towns falling under the general scheme of the *C.T.A.* of this power.

It follows from this conclusion that the reference contained in the notice of expropriation is sufficient so far as the *E.A.* is concerned, as the creation of land reserves is a municipal purpose.

Gendreau J.A.

Gendreau J.A. concurred in the opinion of Mailhot J.A. that the creation of land reserves is a municipal purpose. On the question of whether the notice of expropriation was sufficient, he added at pp. 2673-74:

[TRANSLATION] The creation of a land reserve is allowed, it is a municipal purpose and it may therefore be done by expropriation. Requiring the specific and ultimate purpose for which the expropriated immovable will be used as a reserve to be immediately stated amounts to concluding that it is not a municipal purpose. If the municipality's intention must be specified, what purpose will be served by creating a land bank for an as yet undefined use?

Chouinard J.A., dissenting

Chouinard J.A. considered that the power to expropriate should be strictly construed, and that it [TRANSLATION] "can only be justified on grounds of public interest, in this case, a genuinely municipal purpose" (p. 2670). Section 29.4 *C.T.A.* confers no power to expropriate. It does not create a municipal purpose. In Chouinard J.A.'s view, [TRANSLATION] "the right to own immovable property for purposes of a land reserve can only be an incidental purpose, which must be related to some other genuinely municipal

ment assorti d'un pouvoir d'expropriation, comme un pouvoir exorbitant, qui requiert la mention expresse d'un pouvoir d'acquisition par expropriation à l'art. 28.2. En effet, l'acquisition d'immeubles dans le cadre d'un programme particulier d'urbanisme pour le centre-ville, dans un but de revente, excède les fins municipales.

Elle examine aussi la série de lois privées qui ont donné un pouvoir d'expropriation pour la constitution de réserves foncières à plusieurs cités et villes québécoises. Elle conclut que le législateur n'aurait pu vouloir priver de ce pouvoir les autres cités et villes qui tombent sous le régime général de la *L.C.V.*

Il découle de cette conclusion que la mention contenue à l'avis d'expropriation est suffisante eu égard à la *L.E.*, car la constitution de réserves foncières est une fin municipale.

Le juge Gendreau

Le juge Gendreau partage l'opinion du juge Mailhot que la création de réserves foncières est une fin municipale. Il ajoute, aux pp. 2673 et 2674, au sujet de la suffisance de l'avis d'expropriation:

Permise, la création d'une réserve foncière est une fin municipale et peut donc être constituée par expropriation. Exiger que la fin spécifique et ultime d'utilisation de l'immeuble exproprié pour fin de réserve soit immédiatement précisée équivaut à conclure qu'elle n'est pas une fin municipale. En effet, si la volonté de la municipalité doit être arrêtée, à quoi lui servirait la création d'une banque de terrains en vue d'une utilisation encore imprécise?

Le juge Chouinard, dissident

Le juge Chouinard estime que le pouvoir d'expropriation doit être interprété strictement, et qu'il «ne peut être justifié que par un motif d'intérêt public, dans l'espèce une fin véritablement municipale» (p. 2670). L'article 29.4 *L.C.V.* ne donne aucun pouvoir d'expropriation. Il ne crée pas une fin municipale. Pour le juge Chouinard, «le droit de posséder des immeubles pour des fins de réserve foncière ne peut être qu'une fin accessoire, qui doit être reliée à une autre fin vraiment municipale ou d'intérêt

purpose or to the public interest" (p. 2670). He included among these "genuinely municipal" purposes the functions usually assigned to municipalities, such as policing, fire protection, recreation, planning, zoning and even housing, among others. The powers to expropriate for land reserves given to various cities and towns by private Acts are special cases, which cannot be used as a basis for interpreting the *C.T.A.*

The interpretation adopted by the majority, in Chouinard J.A.'s view, would give municipalities a greater power to expropriate than the province. In so far as s. 40(2) *E.A.*, which adopts the principles of the *Civil Code* and the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, requires a precise statement of the purposes of the expropriation, merely mentioning the creation of a land reserve cannot suffice. The judge relied on *Société Inter-Port de Québec v. Société immobilière Irving Ltée* (1986), 37 L.C.R. 30, [1987] R.D.J. 1, in which the Court of Appeal had quashed a notice of expropriation because the reasons stated in it were not clear enough.

Chouinard J.A. thought the use of expropriation "for purposes of a land reserve" when attempts to purchase by mutual agreement had failed was improper. The town's real intentions had not been disclosed.

IV—Issues

This appeal raises three issues:

1. Does the *C.T.A.* give municipalities a power to expropriate for purposes of a land reserve?
2. Does the phrase "for purposes of a land reserve" contained in the notice of expropriation meet the requirements of s. 40(2) *E.A.*?
3. Was resolution 87-7166 sufficient to authorize the expropriation?

public» (p. 2670). Il inclut parmi ces fins «vraiment municipales» les fonctions habituellement confiées aux municipalités, comme la police, la protection contre les incendies, les loisirs, l'aménagement, le zonage et même l'habitation, entre autres. Les pouvoirs d'expropriation pour fins de réserve foncière qui ont été donnés à diverses cités et villes par l'entremise de lois privées constituent des cas d'espèce, qui ne peuvent servir de guide pour l'interprétation de la *L.C.V.*

L'interprétation retenue par la majorité, selon le juge Chouinard, donnerait aux municipalités un pouvoir d'expropriation plus grand que celui de la province. Dans la mesure où l'art. 40, par. 2^o *L.E.*, qui reprend les principes du *Code civil* et de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, exige un énoncé précis des fins de l'expropriation, la simple mention de la création d'une réserve foncière ne peut suffire. Le juge s'appuie sur l'arrêt *Société Inter-Port de Québec c. Société immobilière Irving Ltée*, [1987] R.D.J. 1, où la Cour d'appel avait annulé un avis d'expropriation parce que l'énoncé des motifs n'y était pas assez clair.

Le juge Chouinard croit abusive l'utilisation de l'expropriation «pour des fins de réserve foncière» alors que des tentatives d'acquisition de gré à gré avaient échoué. Les véritables intentions de la ville n'avaient pas été dévoilées.

IV—Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions:

1. La *L.C.V.* donne-t-elle aux municipalités un pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière?
2. La mention «pour fins de réserve foncière» contenue à l'avis d'expropriation satisfait-elle aux exigences de l'art. 40, par. 2^o *L.E.*?
3. La résolution 87-7166 était-elle suffisante pour autoriser l'expropriation?

V—Power to Expropriate for Purposes of a Land Reserve

The land reserve is a relatively recent addition to Quebec law. It has not been defined by the legislature, but the courts have agreed that a land reserve is [TRANSLATION] “a land bank the purpose of which is by definition unspecified at the time it is created”, to use the language of Gendreau J.A. at p. 2673 of the judgment *a quo*. I adopt this definition.

A. *Introduction of Land Reserves into Quebec Law*

A whole series of private Acts was adopted by the National Assembly between 1973 and 1984 to allow some thirty Quebec cities and towns to set up land reserves. Their provisions are much the same. It will suffice here to review the opening of art. 964*b*. of the *Charter of the City of Montreal, 1960*, S.Q. 1959-60, c. 102, the first of its kind, which was inserted by the *Act to amend the Charter of the City of Montreal and the Montreal Urban Community Act*, S.Q. 1973, c. 77:

964*b*. Notwithstanding any act to the contrary, the city is authorized to acquire by agreement or expropriation, any immovable whose acquisition is considered appropriate for real estate reserves or housing and for the works related to such purposes, and any immovable considered obsolete or harmful for occupation.

Most of the private Acts subsequently followed the same model, which corresponded largely to that in the *Charter of the City of Montreal, 1960*. As an example, the *Act to amend the Charter of the City of Granby*, S.Q. 1984, c. 59, contained this section:

10. The city is authorized to acquire by agreement or expropriation any immovable the acquisition of which is considered appropriate for land bank or housing purposes and for works related to such purposes, and any immovable that is obsolete or unfit for occupancy.

The governing legislation itself was amended by the *Act to amend various legislation respecting municipalities*, S.Q. 1985, c. 27 (hereinafter the “1985 Act”), which added s. 29.4 to the *C.T.A.*, among other amendments. There is therefore no doubt that the legislature intended all cities and towns

V—Le pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière

La réserve foncière est un ajout relativement récent au droit québécois. Elle n'a pas été définie par le législateur, mais la jurisprudence s'entend pour reconnaître que la réserve foncière est «une banque de terrains dont l'objet est, par définition, indéterminé au moment où elle est créée», pour reprendre les termes du juge Gendreau à la p. 2673 du jugement entrepris. J'adopte cette définition.

A. *L'introduction des réserves foncières en droit québécois*

Une kyrielle de lois privées ont été adoptées par l'Assemblée nationale entre 1973 et 1984 pour permettre à une trentaine de cités et villes québécoises de constituer des réserves foncières. Leurs textes se ressemblent grandement. Il suffira ici de reprendre le début de l'art. 964*b*. de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960*, S.Q. 1959-60, ch. 102, le premier du genre, qui y fut inséré par la *Loi modifiant la Charte de la Ville de Montréal et la Loi de la Communauté urbaine de Montréal*, L.Q. 1973, ch. 77:

964*b*. Nonobstant toute loi à ce contraire, la ville est autorisée à acquérir, de gré à gré ou par expropriation, tout immeuble dont l'acquisition est jugée appropriée pour fins de réserve foncière ou d'habitation et pour les travaux connexes à ces fins, ainsi que tout immeuble dont l'occupation est jugée désuète ou nocive.

Par la suite, la plupart des lois privées ont suivi un même modèle, qui correspond en gros à celui de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960*. À titre d'exemple, la *Loi modifiant la Charte de la ville de Granby*, L.Q. 1984, ch. 59, contenait cet article:

10. La ville est autorisée à acquérir, de gré à gré ou par expropriation, tout immeuble dont l'acquisition est jugée appropriée pour fins de réserve foncière ou d'habitation et pour les travaux connexes à ces fins ainsi que tout immeuble désuet ou dont l'occupation est nocive.

La loi-cadre elle-même fut modifiée par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les municipalités*, L.Q. 1985, ch. 27 (ci-après «*Loi de 1985*»), qui ajoutait l'art. 29.4 à la *L.C.V.*, entre autres modifications. Il ne fait donc aucun doute que le législateur a voulu que toutes les cités et villes

to be able to have land reserves, a fact that should be borne in mind in resolving this matter.

Section 29.4 *C.T.A.* differs in certain respects from the standard sections in private Acts. The most important is undoubtedly that s. 29.4 *C.T.A.* refers only to ownership, whereas the private Acts allow acquisition for purposes of a land reserve, and specify that this may be by mutual agreement or by expropriation. The way in which immovable property intended to form a land reserve may be acquired must accordingly be sought elsewhere in the *C.T.A.*

B. Ways of Acquiring Immovable Property for Land Reserves

Cities and towns have a general power of acquisition by mutual agreement, contained in s. 28(1)(2) *C.T.A.*:

28. (1) Such corporation, under its corporate name, shall have perpetual succession, and may:

(2) Acquire for the objects within its competence movable and immovable property by purchase, donation, devise or otherwise;

This power is one of the main powers of cities and towns, which they have long enjoyed. The wording of this paragraph has not changed materially since the adoption in 1922 of the *Cities and Towns' Act, 1922*, S.Q. 1922, 13 Geo. 5, c. 65. Neither the decided cases nor the parties dispute that a town can purchase immovable property for a land reserve by agreement.

The general powers of cities and towns to acquire by expropriation are contained in s. 570 *C.T.A.* This again is a power which has always been recognized, though its limits have changed with time. In its present form, s. 570 *C.T.A.* dates from the *Act to amend the Cities and Towns Act*, S.Q. 1959-60, c. 76, and has not been amended since.

I consider that s. 570 *C.T.A.* allows municipalities to expropriate for purposes of a land reserve, as this interpretation is most consistent with the scheme of

puissent détenir des réserves foncières, constatation qu'il faudra garder à l'esprit lors de la résolution de ce litige.

Par rapport aux articles types des lois privées, l'art. 29.4 *L.C.V.* présente certaines différences. La plus importante, sans contredit, réside dans la mention à l'art. 29.4 *L.C.V.* de la possession seulement, alors que les lois privées permettent l'acquisition pour fins de réserve foncière, et spécifient qu'elle peut avoir lieu de gré à gré ou par expropriation. Il faut donc chercher ailleurs dans la *L.C.V.* les modes d'acquisition des immeubles destinés à former une réserve foncière.

B. Les modes d'acquisition d'immeubles pour fins de réserve foncière

Les cités et villes détiennent un pouvoir général d'acquisition de gré à gré, qui se trouve à l'art. 28, par. 1, sous-par. 2^o *L.C.V.*:

28. 1. Cette corporation a, sous son nom corporatif, succession perpétuelle et peut:

2^o Acquérir pour des fins de sa compétence des biens meubles et immeubles, par achat, donation, legs ou autrement;

Ce pouvoir est un des pouvoirs principaux des cités et villes, qui leur a été accordé de tous temps. Le libellé de ce sous-paragraphes n'a pas changé depuis l'adoption en 1922 de la *Loi des cités et villes 1922*, S.Q. 1922, 13 Geo. 5, ch. 65. Ni la jurisprudence ni les parties ne contestent qu'une ville puisse acquérir des immeubles de gré à gré pour fins de réserve foncière.

Quant à l'acquisition par expropriation, les pouvoirs généraux des cités et villes se trouvent à l'art. 570 *L.C.V.* Il s'agit encore ici d'un pouvoir qui a toujours été reconnu, même si ses limites ont changé avec le temps. Dans sa formulation actuelle, l'art. 570 *L.C.V.* date de la *Loi modifiant la Loi des cités et villes*, S.Q. 1959-60, ch. 76, et n'a pas été modifié depuis.

Je suis d'avis que l'art. 570 *L.C.V.* permet aux municipalités d'exproprier pour des fins de réserve foncière, car cette interprétation est la plus conforme

the legislation and intent of the legislature, and gives s. 29.4 C.T.A. its full meaning. My conclusion is also consistent with the trends in Quebec decisions (see *Belcourt Inc. v. Saint-Laurent (Ville)*, [1990] R.J.Q. 1122 (Sup. Ct.); *Belcourt Inc. v. Kirkland (Ville)*,^a Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-010994-885, November 3, 1989, J.E. 90-91; *Collins v. Laval (Ville)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-001920-881, May 3, 1989, J.E. 89-899; and *117080 Canada Ltd. v. Longueuil (City)* (1988), 39 L.C.R. 342, [1988] R.J.Q. 538 (Sup. Ct.).

The brief review of Quebec land reserve legislation given above indicates that the legislature has always specified in private Acts the methods by which immovable property can be acquired for a land reserve, including expropriation.

Section 14 of the *1985 Act* appears to have been intended to give all cities and towns the powers which some of them had to create land reserves. In the three years preceding the adoption of this Act, no less than 16 private Acts were adopted in this regard. Clearly, the National Assembly thought it better to amend the C.T.A. once and for all rather than continuing to adopt single private Acts.

However, the way in which the *1985 Act* is drafted differs from that of the private Acts. While the latter conferred a power to acquire immovables, the *1985 Act* gives a power of ownership. The legislature accordingly relied on the general powers of acquisition contained elsewhere in the C.T.A. instead of specifying how land reserves are to be acquired. Sections 28(1)(2) and 570 C.T.A. provide a sufficient framework for the acquisition of immovable property as a land reserve and there was no need to add anything to them. All cities and towns thus have the same powers regarding land reserves, though the actual wording may vary from one type of statute to another.

I cannot conclude in this connection that the legislature intended in the *1985 Act* to create two classes of cities and towns: those holding their power to set up land reserves under a private Act, which could

au cadre législatif et à l'intention du législateur, et elle donne plein sens à l'art. 29.4 L.C.V. Ma conclusion concorde d'ailleurs avec les tendances de la jurisprudence québécoise (voir les décisions *Belcourt Inc. c. Saint-Laurent (Ville)*, [1990] R.J.Q. 1122 (C.S.); *Belcourt Inc. c. Kirkland (Ville)*, C.S. Montréal, n° 500-05-010994-885, 3 novembre 1989, J.E. 90-91; *Collins c. Laval (Ville)*, C.S. Montréal, n° 500-05-001920-881, 3 mai 1989, J.E. 89-899; et *117080 Canada Ltée c. Longueuil (Ville)*, [1988] R.J.Q. 538 (C.S.)).

Le bref historique de la législation québécoise en matière de réserves foncières donné plus haut permet de voir que le législateur a toujours spécifié dans les lois privées les modes d'acquisition d'immeubles pour fins de réserve foncière, dont l'expropriation.

L'article 14 de la *Loi de 1985* semble avoir été destiné à élargir à l'ensemble des cités et villes les pouvoirs que certaines d'entre elles détenaient relativement aux réserves foncières. D'ailleurs, dans les trois années ayant précédé l'adoption de cette loi, pas moins de 16 lois privées avaient été adoptées à ce sujet. De toute évidence, l'Assemblée nationale a cru préférable de modifier la L.C.V. une fois pour toutes plutôt que de continuer à adopter des lois privées à la pièce.

Le mode de rédaction de la *Loi de 1985* diffère toutefois de celui des lois privées. Alors que ces dernières conféraient un pouvoir d'acquérir des immeubles, la *Loi de 1985* donne un pouvoir de possession. Le législateur s'en est ainsi remis aux pouvoirs généraux d'acquisition contenus ailleurs dans la L.C.V. au lieu de spécifier les modes d'acquisition quant aux réserves foncières. L'article 28, par. 1, sous-par. 2^o, et l'art. 570 L.C.V. constituent un cadre suffisant pour l'acquisition d'immeubles à des fins de réserve foncière et point n'était besoin d'y ajouter. Ainsi toutes les cités et villes détiennent les mêmes pouvoirs relativement aux réserves foncières, même si les modes de rédaction varient d'un type de loi à l'autre.

Je ne puis conclure dans ce contexte que le législateur ait voulu créer deux classes de cités et villes par la *Loi de 1985*: celles qui détiendraient leur pouvoir de constituer des réserves foncières d'une loi privée

then expropriate for this purpose, and on the other hand those holding it under the *C.T.A.*, which could only acquire immovable property for their reserves by mutual agreement.

The creation of land reserves must also be distinguished from the acquiring of immovable property under a special planning program, which is the subject of ss. 28.1 to 28.4 *C.T.A.* Only ss. 28.1 and 28.2 are relevant here:

28.1 Where a special planning program for that part of the territory of a municipality designated as the "centre" of the city or town and planning by-laws consistent with the program are in force in a municipality, the municipality may carry out any program of acquisition of immovables provided for in the special planning program in view of alienating or leasing the immovables for purposes contemplated in the program.

The municipality may also acquire any immovable situated in that part of its territory designated as the "centre" of the city or town even if the acquisition is not provided for in a program of acquisition of immovables, in view of alienating or leasing it to a person who requires it to carry out a project that is consistent with the special planning program . . .

28.2 For the purposes of section 28.1, the municipality may, in particular,

(1) acquire an immovable by agreement or by expropriation;

These two sections were cited in the Court of Appeal and in this Court as an example of an expressly conferred power to expropriate. The appellant argued that, by contrast, the absence of any such reference in s. 29.4 *C.T.A.* meant that the creation of land reserves cannot be done by expropriation.

Sections 28.1 *C.T.A.* *et seq.* must be read together with s. 85 of the *Act respecting land use planning and development*, R.S.Q., c. A-19.1, which was amended in the same legislative reform, namely the *Act to amend legislative provisions concerning municipalities*, S.Q. 1983, c. 57. This Act had added the following paragraph at the end of s. 85, which deals with special planning programs:

A special planning program applicable to that part of the territory of the municipality designated as the "centre" or "central sector" of the city or town may also

et qui pourraient alors exproprier pour ce faire, et de l'autre côté celles qui le tiendraient de la *L.C.V.*, et qui ne pourraient acquérir les immeubles formant leur réserve que de gré à gré.

a

La constitution de réserves foncières doit d'ailleurs être distinguée de l'acquisition d'immeubles en vertu d'un programme particulier d'urbanisme, qui fait l'objet des art. 28.1 à 28.4 *L.C.V.* Seuls les art. 28.1 et 28.2 sont pertinents en l'espèce:

b

28.1 Lorsque sont en vigueur un programme particulier d'urbanisme pour la partie du territoire d'une municipalité désignée comme son «centre-ville» ainsi que les règlements d'urbanisme conformes à ce programme, la municipalité peut réaliser tout programme d'acquisition d'immeubles prévu dans ce programme particulier d'urbanisme, en vue d'aliéner ou de louer les immeubles à des fins prévues dans ce programme.

d

La municipalité peut également acquérir tout immeuble situé dans la partie de son territoire désignée comme son «centre-ville», même si son acquisition n'est pas prévue par un programme d'acquisition d'immeubles, en vue de l'aliéner ou de le louer à une personne qui en a besoin pour réaliser un projet conforme au programme particulier d'urbanisme . . .

e

28.2 Aux fins de l'article 28.1, la municipalité peut notamment:

f

1° acquérir un immeuble de gré à gré ou par expropriation;

g

Ces deux articles ont été cités, devant la Cour d'appel et devant nous, en guise d'exemple de pouvoir d'expropriation expressément conféré. Par opposition, l'appelant prétend qu'en l'absence d'une telle mention à l'art. 29.4 *L.C.V.*, la constitution de réserves foncières ne peut se faire par expropriation.

h

Les articles 28.1 *L.C.V.* et suiv. doivent être lus conjointement avec l'art. 85 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, qui a été modifié lors de la même réforme législative, soit la *Loi modifiant des dispositions législatives concernant les municipalités*, L.Q. 1983, ch. 57. Cette loi avait ajouté à la fin de l'art. 85, qui traite des programmes particuliers d'urbanisme, l'alinéa suivant:

j

Un programme particulier d'urbanisme applicable à la partie du territoire de la municipalité désignée comme son «centre-ville» ou son «secteur central» peut aussi

include a program of acquisition of immovables in view of alienating or leasing them for purposes contemplated in the special planning program.

The effect of these sections is to create a new role for cities and towns, that of a land developer or promoter; however, it does so within a limited framework and for special purposes. Whereas traditionally they have not been involved in the real estate market, the legislature has authorized them to enter the market when it is necessary to implement a special planning program affecting the downtown area. This exceptional power requires express mention of a power of acquisition and how it is to be exercised, whether by agreement or by expropriation, as it falls outside general municipal purposes: the acquisition is made for the purpose of resale or leasing, and what is more, those operations can be carried out for the benefit of third parties, as provided in the second paragraph of s. 28.1 *C.T.A.* Sections 28.1 to 28.4 *C.T.A.* really set up a special legislative program, which needed to be precisely defined.

On the other hand, the creation of land reserves does not transform municipalities into entrepreneurs. Apart from the general and indeterminate nature of the municipal purpose, it does not differ from any others.

However, the appellant argues that s. 29.4 *C.T.A.* deals with ownership of immovable property "for the purposes of a land reserve", while s. 570(c) *C.T.A.* makes the expropriation applicable "for any municipal purpose", and that a distinction must thus be made between these two phrases, the first not being included in the second.

In the Court of Appeal Chouinard J.A. made this distinction when he wrote, at p. 2670:

[TRANSLATION] Section 570, which deals with the municipal corporation's right of expropriation, limits it to "any municipal purpose". Though there is no specific definition of this term, it can only refer to areas of activity specifically assigned to municipal corporations in the interests of a community [a list of such purposes follows]. However, such purposes were always related to the interests of the community. From this point of view, the right to own immovable property for purposes of a land reserve can only be an incidental purpose, which

comprendre un programme d'acquisition d'immeubles en vue de leur aliénation ou de leur location à des fins prévues dans le programme particulier d'urbanisme.

a Le jeu de ces articles crée un nouveau rôle pour les cités et villes, celui d'un lotisseur, d'un promoteur; il le fait cependant dans un cadre restreint et pour des fins particulières. Alors que traditionnellement celles-ci s'abstiennent du marché immobilier, le législateur leur permet d'y intervenir lorsqu'il s'agit de mettre en application un programme particulier d'urbanisme visant le centre-ville. Ce pouvoir exorbitant nécessite la mention expresse d'un pouvoir d'acquisition et de ses modalités, que ce soit de gré à gré ou par expropriation, car il se situe hors des fins municipales générales: l'acquisition est faite en vue de la revente ou de la location, et qui plus est, ces opérations peuvent être menées au bénéfice de tiers, comme le prévoit le second alinéa de l'art. 28.1 *L.C.V.* Les articles 28.1 à 28.4 *L.C.V.* établissent véritablement un régime législatif spécial, qui devait faire l'objet de précisions.

e La création de réserves foncières, par contre, ne transforme pas la municipalité en entrepreneur. Il s'agit d'une fin municipale qui n'a rien de différent des autres outre sa généralité et son indétermination.

f

L'appelant soutient cependant que l'art. 29.4 *L.C.V.* traite de possession d'immeubles «à des fins de réserve foncière», alors que le par. c) de l'art. 570 *L.C.V.* rend l'expropriation applicable «pour toutes fins municipales», et qu'il y aurait ainsi lieu de distinguer entre ces deux expressions, les premières n'étant pas comprises dans les deuxièmes.

h En Cour d'appel, le juge Chouinard retient cette distinction lorsqu'il écrit, à la p. 2670:

L'article 570, qui traite du droit d'expropriation pour les corporations municipales, le limite à «toutes fins municipales». Même s'il n'existe pas de définition spécifique de ce terme, il ne peut s'agir que de sphères d'activités précisément attribuées aux corporations municipales dans l'intérêt d'une collectivité [suit une énumération de ces fins]. Toujours, cependant, ces fins étaient reliées aux intérêts de la collectivité. Dans cette optique, le droit de posséder des immeubles pour des fins de réserve foncière ne peut être qu'une fin acces-

must be related to some other genuinely municipal purpose or to the public interest.

With all due respect for the opinion of Chouinard J.A., the distinction he makes between “incidental purposes” and “genuinely municipal purposes” adds to the *C.T.A.* a distinction which it does not make and essentially deprives land reserves of all practical usefulness.

The teleological hierarchy proposed by Chouinard J.A. exists in French law, but is not contained in the *C.T.A.* The French *Code de l'urbanisme* limits the scope of land reserves in arts. L. 222-1 and L. 300-1:

[TRANSLATION] L. 222-1 The government, local communities or groupings of the same for this purpose, joint associations and the public planning bodies mentioned in art. L. 321-1 shall be empowered to acquire immovable property, by expropriation if necessary, in order to create land reserves for the purpose of carrying out a planning operation meeting the purposes defined in art. L. 300-1.

L. 300-1 The purposes of planning actions or operations shall be to implement a local housing policy, to organize the continuance, expansion or reception of economic activities, to encourage the development of recreation and tourism, to provide community facilities, to combat insanitary conditions and to preserve or develop the national heritage, built or otherwise, and natural spaces.

The creation of land reserves in France must therefore be for certain specific purposes, or it will be quashed on the ground of absence of public utility (Cons. d'État, May 8, 1981, *Ministre de l'Intérieur v. Parvau*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 770). The *C.T.A.* contains no provision comparable to these articles that could form a basis for the proposed hierarchy.

This distinction does not take into account the special nature of the land reserve. If land reserves, in order to be created by expropriation, must be connected to another municipal purpose, then there is no need to make provision for an “expropriation in order to establish a land reserve”, since the expropriation could just as easily be based on the ultimate purpose for which the land reserve is intended. What distin-

soire, qui doit être reliée à une autre fin vraiment municipale ou d'intérêt public.

Avec respect pour l'opinion du juge Chouinard, la distinction qu'il trace entre les «fins accessoires» et les «fins vraiment municipales» ajoute à la *L.C.V.* des nuances qui ne s'y trouvent pas, et elle enlève pratiquement toute utilité aux réserves foncières.

La hiérarchie téléologique proposée par le juge Chouinard existe en droit français, mais la *L.C.V.* ne la fait pas. En effet, le *Code de l'urbanisme* français limite la portée des réserves foncières aux art. L. 222-1 et L. 300-1:

L. 222-1 L'État, les collectivités locales ou leurs groupements y ayant vocation, les syndicats mixtes et les établissements publics d'aménagement visés à l'article L. 321-1 sont habilités à acquérir des immeubles, au besoin par voie d'expropriation, pour constituer des réserves foncières en vue de permettre la réalisation d'une opération d'aménagement répondant aux objets définis à l'article L. 300-1.

L. 300-1 Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets de mettre en œuvre une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

La création de réserves foncières en France doit donc viser certains objectifs spécifiques, sinon elle sera annulée, au motif d'absence d'utilité publique (Cons. d'État, 8 mai 1981, *Ministre de l'Intérieur c. Parvau*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 770). La *L.C.V.* ne contient aucune disposition comparable à ces articles, qui permettrait de fonder la hiérarchie proposée.

Le caractère particulier de la réserve foncière n'est pas respecté par cette distinction. Si, pour pouvoir les constituer par expropriation, les réserves foncières doivent se rattacher à une autre fin municipale, alors il est inutile de prévoir une «expropriation afin de constituer une réserve foncière», puisque l'expropriation pourrait tout aussi bien être fondée sur la fin ultime que vise la réserve foncière. Ce qui distingue

guishes land reserves is the very fact that the ultimate purpose for which they are intended is indeterminate when they are created. Not only does the distinction between “incidental purposes” and “genuinely municipal purposes” limit the use of expropriation to create land reserves, it deprives it of all meaning.

This distinction also appears to me to be inconsistent with the provisions governing a city or town’s right to acquire immovable property by agreement, a right which is not in dispute. It is based on s. 28(1)(2) *C.T.A.*, which limits this power to “objects within its competence”. The creation of land reserves would thus be an “object within the competence of a city or town” within the meaning of s. 28 *C.T.A.*, but not a “municipal purpose” within the meaning of s. 570 of the same Act. It can hardly be said that “objects within the competence of a city or town” is not synonymous with “municipal purpose” in the *C.T.A.*

The creation of distinctions which unduly complicate the application of legislation should be avoided. Land reserves are a municipal purpose, as s. 29.4 *C.T.A.* indicates. That is sufficient to permit the acquisition of immovable property to create a land reserve to be done using the general powers of acquisition, by mutual agreement or by expropriation, contained in the *C.T.A.*

VI—The Phrase “for purposes of a land reserve” and the Expropriation Act

A. The Expropriation Act and the Cities and Towns Act

Section 40 *E.A.* requires in subpara. (2) that the notice of expropriation contain a “precise statement of the purposes of the expropriation”. The appellant argues that simply mentioning “for purposes of a land reserve” in the notice of expropriation referred to above does not meet the requirements of the *E.A.* He relies in support of his argument on the judgment of the Superior Court and the dissent by Chouinard *J.A.* in the case at bar, as well as *Hamelin v. Laval (Ville)*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-34-000988-871, May 25, 1988, J.E. 88-923.

The *E.A.* is essentially a procedural statute. It sets out the respective powers of the Superior Court and

les réserves foncières, c’est justement l’indétermination de la finalité ultime au moment de leur création. Non seulement la distinction entre «fins accessoires» et «fins vraiment municipales» limite-t-elle le recours à l’expropriation pour la constitution de réserves foncières, mais elle le vide de toute pertinence.

Cette distinction me paraît également inconciliable avec les dispositions régissant le droit d’une cité ou ville d’acquérir des immeubles de gré à gré, droit qui n’est pas contesté. Or celui-ci repose sur l’art. 28, par. 1, sous-par. 2^o *L.C.V.*, qui limite ce pouvoir aux «fins de sa compétence». La création de réserves foncières serait ainsi une «fin de la compétence de la cité ou de la ville» au sens de l’art. 28 *L.C.V.*, mais non une «fin municipale» au sens de l’art. 570 de la même loi. Il est difficilement soutenable que «fins de la compétence d’une cité ou d’une ville» n’est pas synonyme de «fin municipale» dans la *L.C.V.*

Il faut éviter de créer des distinctions qui compliquent indûment l’application d’un texte législatif. Les réserves foncières sont une fin municipale, comme l’indique l’art. 29.4 *L.C.V.* Cela suffit pour que l’acquisition des immeubles afin de constituer une réserve foncière puisse se faire par l’entremise des pouvoirs généraux d’acquisition, de gré à gré ou par expropriation, contenus dans la *L.C.V.*

VI—La mention «pour des fins de réserve foncière» et la Loi sur l’expropriation

A. La Loi sur l’expropriation et la Loi sur les cités et villes

L’article 40 *L.E.* requiert, au par. 2^o, que l’avis d’expropriation contienne un «énoncé précis des fins de l’expropriation». L’appelant soutient que la simple mention «pour des fins de réserve foncière» contenue à l’avis d’expropriation mentionné plus haut ne satisfait pas aux exigences de la *L.E.* Il invoque au soutien de son argument le jugement de la Cour supérieure et la dissidence du juge Chouinard en l’espèce, ainsi que la décision *Hamelin c. Laval (Ville)*, C.S. Montréal, n^o 500-34-000988-871, 25 mai 1988, J.E. 88-923.

La *L.E.* est une loi de procédure, essentiellement. Elle établit les compétences respectives de la Cour

the Expropriation Division of the Court of Quebec, it governs the procedure to be used in expropriation and it does the same for reserves for public purposes. Only a few sections of Title III, on reserves, relate to substantive rights. It is not insignificant that s. 40, relied on here, is to be found in Chapter I of Title II of the *E.A.*, the title of which is "Expropriation Procedure". Section 35 *E.A.* indicates the scope of the provisions of Title II of the *E.A.*:

35. This title applies to all expropriations authorized by the laws of Québec and prevails over the inconsistent provisions of any general law or special act.

Although the final words of this section give the *E.A.* a certain primacy, one has also to look at the beginning of the provision, which refers to other Quebec legislation to determine whether the right to expropriate exists. The *E.A.* only applies once the right to expropriate has been established. It then governs how that right will be exercised. As G. Dorion and R. Savard mention in their text *Loi commentée de l'expropriation du Québec* (1979), at pp. 112 *et seq.*, the *E.A.* was meant to standardize the disparate expropriation procedures then in effect in Quebec. It is therefore not a statute dealing with the right to expropriate, which is to be found in other legislation.

As the *E.A.* remains a procedural statute, it must not be construed so as to limit the scope of Acts dealing with the substance of rights. This proposition is succinctly expressed in *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 118:

... statutes dealing with procedure should, where possible, be limited in their construction to procedure only.

This is only a specific case of the general principle regarding the relationship between procedure and substantive law, a guiding principle to be found in art. 2 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25:

2. The rules of procedure in this Code are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out

The appellant's argument amounts to using the provisions of a statute dealing with procedure, the *E.A.*, to

supérieure et de la Chambre d'expropriation de la Cour du Québec, elle régit la procédure lors d'une expropriation et elle fait de même pour les réserves pour fins publiques. Seuls quelques articles du titre III, sur les réserves, concernent des droits substantifs. L'article 40 qui est invoqué ici se trouve, fait non dénué d'importance, au chapitre I du titre II de la *L.E.*, dont l'intitulé se lit «Procédure d'expropriation». L'article 35 *L.E.* permet d'ailleurs de saisir la portée des dispositions du titre II de la *L.E.*:

35. Le présent titre régit toutes les expropriations permises par les lois du Québec et prévaut sur les dispositions inconciliables de toute loi générale ou spéciale.

Même si les derniers mots de cet article attribuent une certaine primauté à la *L.E.*, il faut aussi tenir compte du début du texte, qui renvoie aux autres lois du Québec pour déterminer si le droit à l'expropriation existe ou non. La *L.E.* ne s'applique qu'une fois que le droit à l'expropriation a été établi. Elle en régit alors les modalités d'exercice. Comme le mentionnent G. Dorion et R. Savard, dans leur ouvrage *Loi commentée de l'expropriation du Québec* (1979), aux pp. 112 et suiv., la *L.E.* visait à unifier les procédures d'expropriation disparates qui étaient alors en vigueur au Québec. Il ne s'agit donc pas d'une loi qui traite du droit à l'expropriation, lequel provient d'autres lois.

Comme la *L.E.* demeure une loi de procédure, elle ne doit pas être interprétée de manière à restreindre la portée de lois affectant la substance des droits. Cette proposition est succinctement exprimée dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), à la p. 118:

[TRADUCTION] . . . l'interprétation des lois relatives à la procédure devrait, dans la mesure du possible, ne pas s'étendre au-delà des questions de procédure.

Il ne s'agit que d'un cas particulier du principe général touchant la relation entre la procédure et le droit substantif, principe directeur qui se retrouve à l'art. 2 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25:

2. Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction

L'argument de l'appellant revient à utiliser les dispositions d'une loi relative à la procédure, la *L.E.*, pour

limit a right conferred in broad terms by the statute dealing with the substance of the right, namely the C.T.A. Procedure then becomes the master of the right, instead of its servant.

I subscribe to the view taken by Mailhot J.A. in the Court of Appeal, who considered that since the creation of a land reserve is a municipal purpose, it follows that the phrase "for purposes of a land reserve" is sufficiently precise. In *Bédard v. Québec (Ville)* (1988), 21 Q.A.C. 189, the Court of Appeal also came to the same conclusion with respect to the provisions of the *Charter of the City of Québec* which are equivalent to s. 29.4 C.T.A. By definition, a land reserve is created without the ultimate use of the immovable property it comprises being known. The statement of the purposes of the expropriation cannot be any more precise than it was in the case at bar, without depriving land reserves of this open-endedness which is their special characteristic.

Land reserves must be distinguished in this regard from other grounds of expropriation. The judgment of the Court of Appeal in *Société Inter-Port de Québec v. Société immobilière Irving Ltée, supra*, cited in support of a broad interpretation of s. 40 E.A., involved s. 4 of the *Act respecting the Société Inter-Port de Québec*, R.S.Q., c. S-18:

4. The objects of the Société are:

(a) to prepare plans and programs for the establishment in the zone described in the schedule, of an industrial complex susceptible of benefiting by the advantages provided by the infrastructure of the port of Québec and of contributing to the development of that port;

(b) to carry out the work required to implement the plans and programs so prepared, and to engage in industry, trade and other business that may contribute to the development of the industrial complex.

Section 5 gave the Société powers of expropriation. The Court of Appeal held that mentioning [TRANSLATION] "for the purpose of establishing an industrial complex" in the notice of expropriation did not meet the requirements of s. 40 E.A. In that case, the powers of the Société were in no way affected when the court required it to provide further details about the purposes of the expropriation. The Court of Appeal did

limiter un droit conféré en termes larges par la loi qui en régit la substance, soit la L.C.V. La procédure devient la maîtresse du droit, au lieu d'être sa servante.

Je me range à l'avis du juge Mailhot en Cour d'appel, selon qui, dès lors que la constitution d'une réserve foncière est une fin municipale, il s'ensuit que la mention «pour des fins de réserve foncière» est suffisamment précise. Dans *Bédard c. Québec (Ville)* (1988), 21 Q.A.C. 189, la Cour d'appel en était d'ailleurs venue à la même conclusion, relativement aux dispositions de la *Charte de la Ville de Québec* équivalentes à l'art. 29.4 L.C.V. Par définition, la réserve foncière est créée sans que l'usage ultime des immeubles qui la composent soit connu. L'énoncé des fins de l'expropriation ne peut pas être plus précis qu'il ne l'était en l'espèce, sous peine de priver les réserves foncières de cet élément d'indétermination qui fait leur spécificité.

Il faut distinguer à cet égard le cas des réserves foncières de celui des autres motifs d'expropriation. L'arrêt de la Cour d'appel dans *Société Inter-Port de Québec c. Société immobilière Irving Ltée*, précité, qui soutiendrait une interprétation large de l'art. 40 L.E., mettait en jeu l'art. 4 de la *Loi sur la Société Inter-Port de Québec*, L.R.Q., ch. S-18:

4. La Société a pour fonctions:

a) d'élaborer des plans et programmes en vue de l'établissement dans la zone décrite à l'annexe d'un complexe industriel susceptible de bénéficier des avantages de l'infrastructure portuaire de Québec et de contribuer au développement de celle-ci;

b) d'exécuter les travaux requis pour la mise en oeuvre des plans et des programmes qui auront ainsi été élaborés et d'exercer les industries, les commerces et les autres activités de nature à contribuer au développement du complexe industriel.

L'article 5 donnait à la Société des pouvoirs d'expropriation. La Cour d'appel a jugé que la mention «dans le but d'établir un complexe industriel» à l'avis d'expropriation ne satisfaisait pas à l'art. 40 L.E. Dans cette affaire, les pouvoirs de la Société n'étaient nullement affectés lorsque la cour exigeait qu'elle fournisse de plus amples précisions quant aux fins de l'expropriation. La Cour d'appel ne manque pas de

not fail to note this aspect at pp. 35-36 L.C.R. of its judgment. On the other hand, when expropriation for a land reserve is in question, any details in addition to the notice of expropriation would make the exercise by the city or town of the power conferred on it by s. 29.4 C.T.A. illusory.

The phrase "for purposes of a land reserve" thus meets the requirements of s. 40(2) E.A. There is no basis for using a procedural statute to limit a substantive right conferred by some other legislation.

B. Control of Expropriations for Land Reserves

One of the themes underlying the appellant's argument, the trial judgment and the dissent in the Court of Appeal remains the concern to avoid abuses of power in creating land reserves. It should be noted in passing that the appellant never questioned the respondent's good faith in this Court.

Where an abuse exists, there are other remedies by which the expropriated party can establish that the expropriation for a land reserve is invalid. I can only cite with approval the reasons of Tourigny J.A. in *Bédard v. Québec (Ville)*, *supra*, where she wrote at p. 192:

[TRANSLATION] Saying that the City can expropriate simply to create land reserves certainly does not mean that these words are a magic formula against which any expropriated party is powerless. Personally, I have no doubt that if under cover of a land reserve an expropriation was made for reasons contrary to the interests of the public as a whole, in order to benefit individuals who lack a power to expropriate, or simply made in bad faith, the expropriated party would be able, despite the general language used, to allege and prove the real reasons for the expropriation. Here, however, nothing of that kind is alleged or even suggested in any way.

This passage applies equally to the case at bar. This Court has in the past had occasion to invalidate expropriations made in bad faith, in *Landreville v.*

souligner cet aspect à la p. 7 de son jugement. Par contre, lorsqu'il s'agit d'exproprier pour fins de réserve foncière, toute précision supplémentaire à l'avis d'expropriation rendrait illusoire l'exercice par la cité ou la ville du pouvoir qui lui revient de par l'art. 29.4 L.C.V.

La mention «pour des fins de réserve foncière» remplit donc les exigences de l'art. 40, par. 2^o L.E. Il n'y a pas lieu d'utiliser une loi de procédure pour limiter un droit substantif donné par une autre loi.

B. Le contrôle des expropriations pour fins de réserve foncière

Une des motivations qui sous-tendent l'argument de l'appelant, le jugement de première instance et la dissidence en Cour d'appel reste le souci d'éviter les abus du pouvoir de constituer des réserves foncières. Il faut par ailleurs souligner que l'appelant n'a jamais devant nous mis en doute la bonne foi de l'intimée.

En cas d'abus, il existe d'autres recours qui permettraient à un exproprié de faire valoir que l'expropriation pour fins de réserve foncière est invalide. Je ne puis que citer avec approbation les motifs du juge Tourigny dans *Bédard c. Québec (Ville)*, précité, où elle écrivait à la p. 192:

Dire que la Ville peut exproprier pour la simple constitution de réserves foncières ne veut certainement pas dire cependant que ces mots constituent une formule magique contre laquelle nul exproprié ne peut quoi que ce soit. Je n'ai, quant à moi, aucun doute que, si une expropriation, sous couvert de réserves foncières, était faite pour des motifs contraires à l'intérêt de l'ensemble des citoyens, au bénéfice de particuliers qui n'ont pas le pouvoir d'expropriation ou encore tout simplement de mauvaise foi, l'exproprié aurait la possibilité, malgré la généralité des termes employés, d'alléguer et faire la preuve des véritables motifs de l'expropriation. Mais ici, rien de tout cela n'est allégué, ni même suggéré de quelque façon que ce soit.

Cet extrait s'applique tout aussi bien à l'espèce. Cette Cour a eu par le passé l'occasion d'invalider des expropriations faites de mauvaise foi, dans *Landre-*

Town of Boucherville, [1978] 2 S.C.R. 801, for example: however, bad faith must be alleged and proven.

VII—The Adequacy of Resolution 87-7166

The appellant alleges that resolution 87-7166 should have been included in a land reserve by-law by the respondent, and that the terms of resolution 87-7166 are so vague and general that the town has simply restated the terms of its delegated power, without really exercising it.

A. *Method of Decision*

In *Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861, this Court held that where there is no legislation as to the way in which the municipality may express its decision, a resolution is a valid method of decision. Section 570 *C.T.A.* does not specify whether the expropriation must be made by by-law or by resolution, and accordingly resolution 87-7166 was an adequate means of deciding on the expropriation.

B. *Exercise of Delegated Power*

Once again, the appellant bases his argument on the need for the land reserve to be further defined. I have already mentioned that, by definition, the purpose of land reserves is not determined at the time when they are created. If the respondent had had to provide more details than were given in the case at bar, the power to create land reserves conferred on it by s. 29.4 *C.T.A.* would be of no use to it. When a city or town decides to expropriate to create a land reserve, the use it will make of the immovable property expropriated is not definite, and it cannot say more in the resolution authorizing the expropriation or in the notice of expropriation than what it already knows itself.

Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario, [1973] S.C.R. 131, relied on by the appellant, is not applicable. This is not a case in which, to use the words of Laskin J. at p. 146, a statutory body had exercised its powers "by simply repeating the power in a regulation in the words in which it was conferred". The respondent received the power to expropriate for a land reserve pursuant to ss. 29.4 and 570 *C.T.A.* It exercised it by resolution 87-7166. It did not

ville c. Ville de Boucherville, [1978] 2 R.C.S. 801, par exemple. Encore faut-il que la mauvaise foi soit alléguée et prouvée.

a VII—La suffisance de la résolution 87-7166

L'appelant allègue que l'intimée aurait dû encadrer la résolution 87-7166 avec un règlement sur la réserve foncière, et que les termes de la résolution 87-7166 sont si vagues et généraux que la ville n'a fait que reprendre les termes de son pouvoir délégué, sans l'exercer vraiment.

A. *Le mode de décision*

Cette Cour, dans *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861, a décidé qu'en l'absence de dispositions législatives sur la manière dont la municipalité peut exprimer sa décision, la résolution est un mode de décision valide. L'article 570 *L.C.V.* ne spécifie pas si l'expropriation doit être faite par règlement ou par résolution, et ainsi la résolution 87-7166 était suffisante pour décider de l'expropriation.

e B. *L'exercice du pouvoir délégué*

L'appelant base son argument, encore une fois, sur la nécessité de définir plus avant la réserve foncière. J'ai déjà mentionné que, par définition, les réserves foncières n'ont aucun usage déterminé au moment de leur création. Si l'intimée avait dû apporter plus de précisions qu'elle n'en a données en l'espèce, le pouvoir de constituer des réserves foncières qui lui est conféré par l'art. 29.4 *L.C.V.* ne lui servirait à rien. Lorsqu'une cité ou une ville décide d'exproprier pour créer une réserve foncière, l'usage qu'elle fera des immeubles expropriés n'est pas déterminé, et elle ne peut dire plus à la résolution autorisant l'expropriation ou à l'avis d'expropriation que ce qu'elle sait déjà elle-même.

L'arrêt *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, [1973] R.C.S. 131, invoqué par l'appelant, ne trouve aucune application. Il ne s'agit pas d'un cas où, pour reprendre les termes du juge Laskin, à la p. 146, un organisme délégué avait exercé ses pouvoirs «en se contentant de reprendre, dans un règlement, les termes par lesquels ce pouvoir a été conféré». L'intimée a reçu le pouvoir d'exproprier pour des fins de réserve foncière, par le jeu des art. 29.4 et

try to give itself a power to expropriate for a land reserve, which would have been contrary to *Brant Dairy, supra*: it simply carried out an expropriation in accordance with the *C.T.A.*

The respondent correctly exercised the powers given to it by the *C.T.A.* by adopting resolution 87-7166, and this resolution is sufficient to expropriate the appellant's immovable property.

VIII—Conclusion

For these reasons, I would dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LAMER C.J. and LA FOREST and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Michel Bouchard, Val-Bélair.

Solicitors for the respondent: Flynn, Rivard, Québec.

570 *L.C.V.* Elle l'a exercé par la résolution 87-7166. Elle n'a pas tenté de se donner un pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière, ce qui aurait contrevenu à *Brant Dairy*, précité; elle a tout simplement procédé à une expropriation en conformité à la *L.C.V.*

L'intimée a correctement exercé les pouvoirs que lui donnait la *L.C.V.* en adoptant la résolution 87-7166, et cette résolution est suffisante pour exproprier l'immeuble de l'appelante.

VIII—Conclusion

Pour ces motifs, je rejetterais ce pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Michel Bouchard, Val-Bélair.

Procureurs de l'intimée: Flynn, Rivard, Québec.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Keith Gilbert Hick *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HICK

File No.: 22033.

1991: October 4; 1991: November 7.

Present: Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Unlawful confinement — Guilty plea — Co-accused acquitted at trial — Whether or not accused should be allowed to withdraw plea.

Respondent was committed for trial together with Marshall, as co-accused, on charges of unlawful confinement and sexual assault. Shortly before the trial was to take place he entered a guilty plea on an indictment for unlawful confinement. A jury acquitted Marshall of both counts. At issue here was whether the respondent should be allowed to withdraw his plea in the light of that acquittal.

The Court of Appeal set aside the respondent's plea of guilty and substituted an acquittal. The majority agreed that there were no other grounds upon which to permit the change of plea. They concluded, however, that the basis of the charge was that the appellant (in the Court of Appeal) aided and abetted the co-accused in confining the complainant and decided that the conviction could not stand as it would be a mistake to say that the respondent aided and abetted Marshall in the commission of a criminal offence when Marshall had not committed the offence. The Crown appealed as of right.

Held: The appeal should be allowed.

The facts supported the conviction of respondent as a principal to the offence of unlawful confinement. This characterization was a question of law because it involved the legal effect of undisputed or found facts. The acquittal of the co-accused determined nothing in respect of the conviction of the accused. The jury verdict is only conclusive as between the Crown and the accused at that trial. It followed, then, that the majority's

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Keith Gilbert Hick** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. HICK

N° du greffe: 22033.

^b

1991: 4 octobre; 1991: 7 novembre.

Présents: Les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

^c

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

^d*Droit criminel — Séquestration — Plaidoyer de culpabilité — Coaccusé acquitté au procès — L'accusé devrait-il être autorisé à retirer son plaidoyer?*^e

L'intimé a été renvoyé à son procès, en tant que coaccusé, en même temps que Marshall relativement à des accusations de séquestration et d'agression sexuelle. Peu avant le procès, il a inscrit un plaidoyer de culpabilité relativement à un acte d'accusation de séquestration. Le jury a acquitté Marshall relativement aux deux chefs d'accusation. Il s'agit de déterminer, en l'espèce, si l'intimé devrait être autorisé à retirer son plaidoyer eu égard à cet acquittement.

^f

La Cour d'appel a annulé le plaidoyer de culpabilité de l'intimé et y a substitué un verdict d'acquittement. La cour a convenu, à la majorité, qu'il n'y avait aucun autre motif d'autoriser le changement de plaidoyer. Elle a, toutefois, conclu que l'accusation reposait sur le fait que l'appelant (à la Cour d'appel) avait aidé et encouragé le coaccusé à séquestrer la plaignante et elle a jugé que la déclaration de culpabilité ne saurait tenir car ce serait une erreur de dire que l'intimé a aidé et encouragé Marshall à commettre une infraction criminelle alors que Marshall n'a pas commis cette infraction. Le ministère public a formé un pourvoi de plein droit.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.^g

Les faits étaient la déclaration de culpabilité de l'intimé en tant qu'auteur principal de l'infraction de séquestration. Cette qualification est une question de droit puisqu'elle porte sur l'effet juridique de faits incontestés ou avérés. L'acquittement du coaccusé ne règle rien en ce qui concerne la déclaration de culpabilité de l'accusé. Le verdict du jury n'est concluant qu'entre le ministère public et l'accusé à ce procès. Il

^j

conclusion that the conviction could not stand was erroneous.

s'ensuit alors que la conclusion de la cour, à la majorité, selon laquelle la déclaration de culpabilité ne saurait tenir, est erronée.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Rowley*, [1948] 1 All E.R. 570; **referred to:** *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *Rémillard v. The King* (1921), 62 S.C.R. 21.

a Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *R. v. Rowley*, [1948] 1 All E.R. 570; **arrêts mentionnés:** *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *b Rémillard v. The King* (1921), 62 R.C.S. 21.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal setting aside a plea of guilty and substituting an acquittal. Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a annulé un plaidoyer de culpabilité et y a substitué un verdict d'acquittement.

c Pourvoi accueilli.

Elizabeth Bennett, for the appellant.

Elizabeth Bennett, pour l'appelante.

Peter Leask, Q.C., for the respondent.

Peter Leask, c.r., pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

d Version française du jugement de la Cour rendu par

STEVENSON J.—The Crown appeals, as of right, a decision of the Court of Appeal of British Columbia setting aside the accused's plea of guilty to a charge of unlawful confinement and substituting an acquittal. The appeal is based on the dissent of Gibbs J.A. who would have dismissed the accused's appeal.

e LE JUGE STEVENSON—Le ministère public se pourvoit de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a annulé le plaidoyer de culpabilité présenté par l'accusé relativement à l'accusation de séquestration et y a substitué un verdict d'acquittement. Le pourvoi est fondé sur la dissidence du juge Gibbs qui aurait rejeté l'appel de l'accusé.

The accused had been committed for trial together with one, Marshall, on charges of unlawful confinement and sexual assault but shortly before the trial was to take place he entered a guilty plea on an indictment alleging that he had committed the offence of unlawful confinement. At trial a jury acquitted Marshall of both counts. The appeal involved a consideration of whether the accused should be allowed to withdraw his plea in the light of that acquittal.

f L'accusé avait été renvoyé à son procès en même temps qu'un nommé Marshall relativement à des accusations de séquestration et d'agression sexuelle, mais, peu avant le procès, il a inscrit un plaidoyer de culpabilité relativement à un acte d'accusation de séquestration. Au procès, le jury a acquitté Marshall relativement aux deux chefs d'accusation. L'appel portait sur la question de savoir si l'accusé devrait être autorisé à retirer son plaidoyer eu égard à cet acquittement.

The majority agreed that there were no other grounds upon which to permit the change of plea. The accused should not be allowed to withdraw his plea on the basis of an alleged factual dispute between the Crown and the defence or on the ground that the trial judge wrongly relied on evidence taken at the preliminary inquiry. The majority concluded

i La cour a convenu, à la majorité, qu'il n'y avait aucun autre motif d'autoriser le changement de plaidoyer. L'accusé ne devait pas être autorisé à retirer son plaidoyer en raison d'une présumée controverse entre le ministère public et la défense au sujet des faits ou pour le motif que le juge du procès s'était fondé à tort sur des témoignages présentés à l'en-

that the basis of the charge was that the appellant aided and abetted Marshall in confining the complainant so that Marshall could have sexual intercourse with her against her will. The majority decided on the basis of *R. v. Rowley*, [1948] 1 All E.R. 570, that the conviction "cannot stand" as "it would be a mistake to say that the [accused] aided and abetted Marshall in the commission of a criminal offence when Marshall had not committed the offence."

Gibbs J.A. disagreed. After finding no other valid ground to justify a change of plea (*Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426), he turned to consider *Rowley* which involved an accused charged as an accessory after the fact. He distinguished *Rowley*, which apparently had not been discussed in argument before the court, on the basis that it was irrelevant in a case in which the accused was not charged with aiding and abetting. Gibbs J.A. had set out the agreed statement of facts and noted no factual dispute, a proposition with which the majority agreed. The agreed statement of facts read:

Keith Hick and Allen Marshall picked up the victim and a male friend and drove out to Otway Road after having drinks together. Upon arriving at an isolated area Marshall instructs Hick to get rid of the boyfriend and Hick runs towards the friend and throws things and the male friend runs away. Marshall then rapes the victim while Hick drives the car. After Marshall is finished, Hick makes a movement towards the girl, she says "You'll have to kill me first", Hick then withdraws. Marshall takes over driving and puts the car in the ditch.

In the meantime the male friend is able to contact the police and they come to across [*sic*] the car in the ditch and Hick and Marshall are arrested. Hick has blood alcohol reading of .140 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

In my view the difference between the majority and Gibbs J.A. depends upon characterizing the facts. The facts support the conviction of the accused as a principal to the offence of unlawful confinement.

quête préliminaire. La cour a conclu, à la majorité, que l'accusation reposait sur le fait que l'appelant avait aidé et encouragé Marshall à séquestrer la plaignante de manière à lui permettre d'avoir des relations sexuelles avec elle contre son gré. Se fondant sur l'arrêt *R. v. Rowley*, [1948] 1 All E.R. 570, la cour, à la majorité, a jugé que la déclaration de culpabilité [TRADUCTION] «ne saurait tenir» car [TRADUCTION] «ce serait une erreur de dire que l'[accusé] a aidé et encouragé Marshall à commettre une infraction criminelle alors que Marshall n'a pas commis cette infraction».

Le juge Gibbs n'était pas d'accord. N'ayant trouvé aucun autre motif valable pour justifier un changement de plaidoyer (*Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426), il est passé à l'examen de l'arrêt *Rowley* où il était question d'une personne accusée de complicité après le fait. Il a distingué l'espèce de l'arrêt *Rowley*, dont on n'avait apparemment pas discuté dans la plaidoirie devant le tribunal, pour le motif qu'il n'était pas pertinent dans une affaire où l'accusation n'en était pas une d'avoir aidé et encouragé quelqu'un à commettre un crime. Le juge Gibbs a repris l'exposé conjoint des faits et n'y a relevé aucune controverse au sujet des faits, proposition à laquelle souscrivaient les juges formant la majorité. L'exposé conjoint des faits est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Keith Hick et Allen Marshall ont fait monter en voiture la victime et un ami et se sont dirigés vers Otway Road après avoir bu un verre ensemble. Une fois arrivés dans un endroit désert, Marshall dit à Hick de se débarrasser de l'ami et Hick court vers celui-ci, lui lance des objets et l'ami s'enfuit. Marshall viole alors la victime pendant que Hick conduit la voiture. Après que Marshall a terminé, Hick fait un mouvement vers la fille, mais elle dit «Tu devras d'abord me tuer»; Hick renonce alors. Marshall prend le volant et envoie la voiture dans le fossé.

Pendant ce temps, l'ami réussit à contacter la police qui trouve par hasard la voiture dans le fossé. Hick et Marshall sont alors arrêtés. L'alcoolémie de Hick est de 140 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

À mon avis, la divergence entre les juges formant la majorité et le juge Gibbs découle de la qualification des faits. Ceux-ci étaient la déclaration de culpabilité de l'accusé en tant qu'auteur principal de l'in-

That characterization is a question of law because it involves the legal effect of undisputed or found facts: *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, at p. 71. In my view Gibbs J.A. was correct.

Without expressing any opinion on its correctness *Rowley* does not purport to apply to principals and in my view cannot be applied to them. The acquittal of Marshall determines nothing in respect of the conviction of the accused. *Rémillard v. The King* (1921), 62 S.C.R. 21, makes it perfectly clear that the jury verdict is only conclusive as between the Crown and the accused at that trial. It follows, then, that the majority's conclusion that the conviction cannot stand is erroneous.

I would allow the appeal, reinstate the conviction and return the matter to the Court of Appeal to determine the sentence appeal which is still outstanding.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Leask, Daniells, Bahen, Vancouver.

fraction de séquestration. Cette qualification est une question de droit puisqu'elle porte sur l'effet juridique de faits incontestés ou avérés: *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, à la p. 71. J'estime que le juge

^a Gibbs avait raison.

Sans vouloir exprimer aucune opinion sur sa justesse, j'estime que l'arrêt *Rowley* n'a pas pour objet de s'appliquer aux auteurs principaux d'une infraction et qu'il ne saurait le faire. L'acquittal de Marshall ne règle rien en ce qui concerne la déclaration de culpabilité de l'accusé. L'arrêt *Rémillard v. The King* (1921), 62 R.C.S. 21, expose clairement que le verdict du jury n'est concluant qu'entre le ministère public et l'accusé à ce procès. Il s'ensuit alors que la conclusion de la cour, à la majorité, selon laquelle la déclaration de culpabilité ne saurait tenir, est erronée.

^d Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir la déclaration de culpabilité et de renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel pour que celle-ci statue sur l'appel relatif à la sentence, qui est encore pendant.

^e *Pourvoi accueilli.*

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

^f *Procureurs de l'intimé: Leask, Daniells, Bahen, Vancouver.*

Russell Alan Grover *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GROVER

File No.: 21942.

1991: November 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Jury — Questions from jury — Crown's address to jury — Trial judge unintentionally misleading jury as to availability of assistance on questions of fact — Crown's address to jury not fair and dispassionate presentation of its case — New trial ordered.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 38 O.A.C. 219, 56 C.C.C. (3d) 532, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal allowed.

Brian H. Greenspan, for the appellant.

W. Graeme Cameron, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We agree with the dissenting reasons of Mr. Justice Houlden, in the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is allowed and a new trial is ordered.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

Solicitor for the respondent: W. Graeme Cameron, Toronto.

Russell Alan Grover *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GROVER

N^o du greffe: 21942.^b

1991: 12 novembre.

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

^c

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

Droit criminel — Jury — Questions du jury — Exposé du ministère public au jury — Juge du procès ayant involontairement induit le jury en erreur sur la possibilité d'obtenir de l'aide sur des questions de fait — Exposé du ministère public au jury ne constituant pas une présentation équitable et objective de sa preuve — Nouveau procès ordonné.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 38 O.A.C. 219, 56 C.C.C. (3d) 532, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

Brian H. Greenspan, pour l'appellant.

W. Graeme Cameron, pour l'intimée.

^g

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes d'accord avec les motifs de dissidence du juge Houlden de la Cour d'appel. Par conséquent, le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Jugement en conséquence.

ⁱ

Procureurs de l'appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

^j

Procureur de l'intimée: W. Graeme Cameron, Toronto.

Communities Economic Development Fund *Appellant*

v.

Rudy Vincent Maxwell *Respondent*

and

Canadian Pickles Corporation and June O'Donnell *Defendants*

INDEXED AS: COMMUNITIES ECONOMIC DEVELOPMENT FUND v. CANADIAN PICKLES CORP.

File No.: 21816.

1991: June 3; 1991: November 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Guarantee — Liability of guarantor of ultra vires loan — Statutory corporation making loan contrary to statutory objects — Whether loan ultra vires — If so, whether guarantor liable to repay loan — The Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155, ss. 1, 3, 7(c), 9(7), 26(2), (5) — The Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 3(1)(b), 16(3).

Corporations — Statutory corporation making loan contrary to statutory objects — Applicability of doctrine of ultra vires to statutory corporation — The Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155, ss. 1, 3, 7(c), 9(7), 26(2), (5) — The Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 3(1)(b), 16(3).

The appellant is a lending institution created by the Manitoba *Communities Economic Development Fund Act* (the "Act"). Its objects, as set out in s. 3 of the Act, are to encourage the economic development of "remote and isolated communities" in Manitoba. In 1986, the appellant approved a loan to Canadian Pickles, a company operating in Stony Mountain, a small community some 20 kilometres north of Winnipeg. The loan was guaranteed by the directors of the company, including

Fonds de développement économique local *Appelant*

c.

Rudy Vincent Maxwell *Intimé*

et

Canadian Pickles Corporation et June O'Donnell *Défenderesses*

RÉPERTORIÉ: FONDS DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE LOCAL c. CANADIAN PICKLES CORP.

N^o du greffe: 21816.

1991: 3 juin; 1991: 14 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Cautionnement — Responsabilité de la caution d'un prêt ultra vires — Société constituée en vertu d'une loi ayant consenti un prêt en contravention de ses objets légaux — Ce prêt est-il ultra vires? — Dans l'affirmative, la caution est-elle tenue de rembourser le prêt? — Loi sur le Fonds de développement économique local, L.R.M. 1987, ch. C155, art. 1, 3, 7c), 9(7), 26(2), (5) — Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 3(1)b), 16(3).

Compagnies — Société constituée en vertu d'une loi ayant consenti un prêt en contravention de ses objets légaux — Applicabilité de la théorie de l'ultra vires à une société constituée en vertu d'une loi — Loi sur le Fonds de développement économique local, L.R.M. 1987, ch. C155, art. 1, 3, 7c), 9(7), 26(2), (5) — Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 3(1)b), 16(3).

L'appelant est un établissement de crédit créé par la *Loi sur le Fonds de développement économique local* du Manitoba (la «Loi»). Comme le prévoit l'art. 3 de la Loi, l'appelant a pour objet de favoriser le développement économique des «communautés éloignées» du Manitoba. En 1986, l'appelant a consenti un prêt à Canadian Pickles, une entreprise située dans la petite communauté de Stony Mountain, à une vingtaine de kilomètres au nord de Winnipeg. Le prêt a été garanti

the respondent, who was also a shareholder. The full amount of the loan was advanced by the appellant to creditors of Canadian Pickles, to equipment manufacturers, and in trust to the respondent as Canadian Pickles' solicitor. The company later defaulted on the loan. The appellant then sued the company and the guarantors for repayment. The Court of Queen's Bench held that the loan was *ultra vires* the appellant but that the respondent was still obliged to honour his guarantee because he had encouraged the appellant to lend the money, and because he benefited from the loan as a shareholder and director of the company. Applying *Breckenridge*, the trial judge found the respondent liable on his guarantee on the principle of moneys "had and received". On appeal, the Court of Appeal reversed the judgment and dismissed the action. This appeal raises two issues: whether appellant's loan was *ultra vires*; and, if so, whether the respondent is liable to repay the loan as guarantor.

Held: The appeal should be dismissed.

As a statutory corporation created for a public purpose (namely, to encourage economic development in remote and isolated regions), the appellant has only those powers which are expressly or impliedly granted to it by statute. Acts of the appellant which exceed those powers will be *ultra vires*. Here, the loan to Canadian Pickles was contrary to the statutory objects of the appellant. Stony Mountain, where the company's operation was located, is not a remote and isolated community. Appellant's loan was thus *ultra vires* because s. 9(7) of the Act prohibits the making of loans in contravention of the Act.

Both the Act and *The Corporations Act* indicate a legislative intention to retain the doctrine of *ultra vires* for the appellant with respect to loans that contravene the Act. Indeed, while s. 26(2) of the Act is a clear indication of the legislative intention to give the appellant all the powers of a natural person, and to abolish the doctrine of *ultra vires* with respect to the appellant, s. 9(7) creates a limit on the appellant's powers. Not only is no remedy provided within the statutory scheme for a breach of s. 9(7), but the remedial provisions in Part XIX of *The Corporations Act* are expressly made inapplicable to the appellant by s. 3(1)(b) of *The Corporations Act*. Section 7(c) of the Act, which allows the appellant to exercise the powers set out in Part III of *The Corporations Act*, is intended only to give the appellant the incidental and ancillary powers necessary to further its statutory objects. Finally, s. 16(3) of Part III of *The*

par les administrateurs de la société, dont l'intimé qui était également actionnaire de celle-ci. L'appelant a avancé le plein montant du prêt aux créanciers de Canadian Pickles, aux fabricants d'équipement et, en fiducie, à l'intimé à titre d'avocat de Canadian Pickles. La société a, par la suite, omis de rembourser le prêt. L'appelant a alors intenté une action en remboursement du prêt contre la société et les cautions. La Cour du Banc de la Reine a conclu que le prêt excédait les pouvoirs de l'appelant, mais que l'intimé était quand même tenu d'honorer son cautionnement parce qu'il avait incité l'appelant à consentir le prêt et qu'il avait profité du prêt en tant qu'actionnaire et administrateur de la société. Appliquant l'arrêt *Breckenridge*, le juge de première instance a statué que l'intimé devait honorer son cautionnement en vertu du principe du recouvrement des sommes «reçues». En appel, la Cour d'appel a infirmé ce jugement et a rejeté l'action. Ce pourvoi soulève deux questions: le prêt consenti par l'appelant est-il *ultra vires*? Et, dans l'affirmative, l'intimé est-il tenu de le rembourser à titre de caution?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En tant que société constituée à une fin publique par une loi (notamment pour favoriser le développement économique des communautés éloignées), l'appelant ne possède que les pouvoirs que lui confère expressément ou implicitement la loi qui le constitue. Les actes de l'appelant qui excèdent ces pouvoirs sont *ultra vires*. En l'espèce, le prêt consenti à Canadian Pickles était contraire aux objets légaux de l'appelant. La ville de Stony Mountain, où est située l'usine de la société, n'est pas une communauté éloignée. Le prêt consenti par l'appelant est *ultra vires* parce que le par. 9(7) de la Loi interdit tout prêt en contravention de la Loi.

La Loi et la *Loi sur les corporations* constituent une indication que le législateur avait l'intention de maintenir l'application de la théorie de l'*ultra vires* à l'appelant, dans le cas de prêts qu'il consentirait en contravention de la Loi. En réalité, bien que le par. 26(2) de la Loi indique clairement que le législateur avait l'intention de conférer à l'appelant tous les pouvoirs d'une personne physique et d'abolir la théorie de l'*ultra vires* à l'égard de l'appelant, le par. 9(7) apporte une restriction aux pouvoirs de ce dernier. Non seulement le régime législatif ne prévoit-il pas de recours en cas de violation du par. 9(7), mais encore l'al. 3(1)(b) de la *Loi sur les corporations* rend expressément inapplicables à l'appelant les recours prévus à la partie XIX de cette dernière loi. L'alinéa 7c) de la Loi, qui permet à l'appelant d'exercer les pouvoirs prévus à la partie III de la *Loi sur les corporations*, vise seulement à accorder à l'appelant les

Corporations Act, which provides that no act of a corporation is invalid only because the act is contrary to its articles or to *The Corporations Act*, does not, when read together with s. 3(1)(b) of *The Corporations Act* and ss. 9(7) and 26(5) of the Act, abolish the doctrine of *ultra vires* with respect to loans that contravene the Act. In any event, if there is any conflict between s. 9(7) of the Act and s. 16(3) of *The Corporations Act*, it must be resolved in favour of s. 9(7), because s. 26(5) of the Act provides that where there is a conflict between the Act and *The Corporations Act*, the Act prevails.

The respondent is not liable to repay the *ultra vires* loan as guarantor. First, *Breckenridge* has no application in this case. The respondent received no money from the lender and, consequently, could not be liable on the basis of money "had and received". Second, on the correct interpretation of the contract of guarantee, the respondent is not liable to repay the money advanced in the event the principal debt is *ultra vires*. Under the contract, the guarantors are liable as principal debtors only in the circumstances enumerated. These circumstances do not include the invalidity of the principal debt.

Cases Cited

Distinguished: *Breckenridge Speedway Ltd. v. The Queen in right of Alberta*, [1970] S.C.R. 175; **disapproved:** *Alberta (Provincial Treasurer) v. Meadow Rue Holdings Ltd.* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 294; **considered:** *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566; *Ashbury Railway Carriage & Iron Co. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653; *Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473; *Baroness Wenlock v. River Dee Co.* (1885), 10 App. Cas. 355; **referred to:** *Brougham v. Dwyer* (1913), 108 L.T. 504; *Sutton's Hospital Case* (1613), 10 Co. Rep. 1a, 23a, 77 E.R. 937, 960; *Union Bank of Canada v. A. McKillop & Sons, Ltd.* (1915), 51 S.C.R. 518; *Canadian Pacific Railway Co. v. City of Winnipeg*, [1952] 1 S.C.R. 424; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 133 D.L.R. (3d) 321; *Redlin v. Governors of the University of Alberta* (1979), 23 A.R. 42 (Dist. Ct.), aff'd (1980), 23 A.R. 31 (C.A.); *Alberta Mortgage and Housing Corp. v. Ciereszko*, [1986] 2 W.W.R. 57; *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*, [1991] 2 W.L.R. 372; *Can-*

pouvoirs incidents et accessoires qui lui permettront de réaliser ses objets légaux. Enfin, le par. 16(3) de la partie III de la *Loi sur les corporations*, qui dispose que les actes de la corporation ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à ses statuts ou à la *Loi sur les corporations*, n'a pas pour effet, lorsque lu conjointement avec l'al. 3(1)(b) de la *Loi sur les corporations* et les par. 9(7) et 26(5) de la Loi, d'abolir la théorie de l'*ultra vires* dans le cas de prêts consentis en contravention de la Loi. En tout état de cause, tout conflit qui peut exister entre le par. 9(7) de la Loi et le par. 16(3) de la *Loi sur les corporations* doit être tranché en faveur du par. 9(7), parce que le par. 26(5) de la Loi dispose qu'en cas de conflit entre la Loi et la *Loi sur les corporations*, c'est la Loi qui l'emporte.

L'intimé n'est pas tenu de rembourser le prêt *ultra vires*, à titre de caution. Premièrement, l'arrêt *Breckenridge* ne s'applique pas en l'espèce. L'intimé n'a pas reçu d'argent du prêteur et, en conséquence, il ne saurait être tenu de rembourser des sommes qu'il n'a pas reçues. Deuxièmement, selon l'interprétation juste du contrat de cautionnement, l'intimé n'est pas tenu de rembourser l'avance consentie si la créance principale est *ultra vires*. Aux termes du contrat, les cautions sont responsables en tant que débiteurs principaux seulement dans les circonstances énumérées. Ces circonstances ne comprennent pas le cas où la créance principale n'est pas valide.

f Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Breckenridge Speedway Ltd. c. La Reine du chef de l'Alberta*, [1970] R.C.S. 175; **arrêt critiqué:** *Alberta (Provincial Treasurer) v. Meadow Rue Holdings Ltd.* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 294; **arrêts examinés:** *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566; *Ashbury Railway Carriage & Iron Co. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653; *Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473; *Baroness Wenlock v. River Dee Co.* (1885), 10 App. Cas. 355; **arrêts mentionnés:** *Brougham v. Dwyer* (1913), 108 L.T. 504; *Sutton's Hospital Case* (1613), 10 Co. Rep. 1a, 23a, 77 E.R. 937, 960; *Union Bank of Canada v. A. McKillop & Sons, Ltd.* (1915), 51 R.C.S. 518; *Canadian Pacific Railway Co. v. City of Winnipeg*, [1952] 1 R.C.S. 424; *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 133 D.L.R. (3d) 321; *Redlin v. Governors of the University of Alberta* (1979), 23 A.R. 42 (C. dist.), conf. (1980), 23 A.R. 31 (C.A.); *Alberta Mortgage and Housing Corp. v. Ciereszko*, [1986] 2 W.W.R. 57; *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*, [1991] 2 W.L.R. 372;

dian Bank of Commerce v. Cudworth Rural Telephone Co., [1923] S.C.R. 618; *Yeoman Credit, Ltd. v. Latter*, [1961] 2 All E.R. 294; *Heald v. O'Connor*, [1971] 1 W.L.R. 497; *General Produce v. United Bank*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 255; *Upper Canada College v. Smith* ^a (1920), 61 S.C.R. 413; *Garnham v. Tessier* (1959), 27 W.W.R. 682; *Penner v. Hullet* (1984), 33 Man. R. (2d) 168; *Manufacturers Life Insurance Co. v. Hauser*, [1945] 3 W.W.R. 740; *Minchau v. Busse*, [1940] 2 D.L.R. 282.

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, s. 15(1).
Business Corporations Act, R.S.Y. 1986, c. 15, s. 18(1).
Business Corporations Act, S.A. 1981, c. B-15, s. 15(1).
Business Corporations Act, S.N.B. 1981, c. B-9.1, s. 13(1).
Business Corporations Act, 1982, S.O. 1982, c. 4, s. 15. ^d
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 15(1).
Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155, ss. 1 "remote and isolated communities", 2, 3, 7(c), 9(7), 26(2), (5), (6) [ad. 1990-91, c. 12, s. 3].
Communities Economic Development Fund Act, S.M. 1971, c. 84, ss. 2, 9(c).
Communities Economic Development Fund Amendment Act, S.M. 1991-92, c. 38.
Companies Act, R.S.M. 1970, c. C160 [rep. 1976, c. 40, s. 371], s. 26(1).
Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 21(1).
Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 1(1) "articles", "corporation", "special Act", 3(1)(b), 15(1), 16(3), 231 "complainant", 240. ^g
Corporations Act, S.M. 1976, c. 40.
Corporations Act, S.N. 1986, c. 12, s. 30(1).
Interpretation Act, R.S.M. 1987, c. I80, s. 9.
Statute Law Amendment Act (1978), S.M. 1978, c. 49, s. 18(2).
Statute Law Amendment Act, 1990-91, S.M. 1990-91, c. 12, s. 3.

Authors Cited

Goff, Robert, Lord Goff of Chieveley, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986. ^j

Canadian Bank of Commerce v. Cudworth Rural Telephone Co., [1923] S.C.R. 618; *Yeoman Credit, Ltd. v. Latter*, [1961] 2 All E.R. 294; *Heald v. O'Connor*, [1971] 1 W.L.R. 497; *General Produce v. United Bank*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 255; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; *Garnham v. Tessier* (1959), 27 W.W.R. 682; *Penner v. Hullet* (1984), 33 Man. R. (2d) 168; *Manufacturers Life Insurance Co. v. Hauser*, [1945] 3 W.W.R. 740; *Minchau v. Busse*, [1940] 2 D.L.R. 282. ^b

Lois et règlements cités

Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 15(1). ^c
Business Corporations Act, R.S.Y. 1986, ch. 15, art. 18(1).
Business Corporations Act, S.A. 1981, ch. B-15, art. 15(1).
Communities Economic Development Fund Act, S.M. 1971, ch. 84, art. 2, 9c). ^d
Companies Act, R.S.M. 1970, ch. C160 [abr. 1976, ch. 40, art. 371], art. 26(1).
Company Act, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 21(1).
Corporations Act, S.M. 1976, ch. 40. ^e
Corporations Act, S.N. 1986, ch. 12, art. 30(1).
Loi de 1982 sur les sociétés par actions, L.O. 1982, ch. 4, art. 15.
Loi d'interprétation, L.R.M. 1987, ch. I80, art. 9.
Loi de 1990-1991 modifiant diverses dispositions législatives, L.M. 1990-91, ch. 12, art. 3. ^f
Loi modifiant la Loi sur le Fonds de développement économique local, L.M. 1991-92, ch. 38.
Loi sur le Fonds de développement économique local, L.R.M. 1987, ch. C155, art. 1 «communautés éloignées», 2, 3, 7c), 9(7), 26(2), (5), (6) [aj. 1990-91, ch. 12, art. 3]. ^g
Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 1(1) «corporation», «loi spéciale», «statuts», 3(1)b), 15(1), 16(3), 231 «plaignant», 240. ^h
Loi sur les corporations commerciales, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1, art. 13(1).
Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 15(1).
Statute Law Amendment Act (1978), S.M. 1978, ch. 49, art. 18(2). ⁱ

Doctrine citée

Goff, Robert, Lord Goff of Chieveley, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.

Gower, Laurence Cecil Bartlett, et al. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

Klippert, George B. *Unjust Enrichment*. Toronto: Butterworths, 1983.

Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

Mockler, E. J. "The Doctrine of Ultra Vires in Letters Patent Companies". In Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*. Toronto: Butterworths, 1967, 231.

O'Donovan, James and John C. Phillips. *The Modern Contract of Guarantee*. Sydney: Law Book Co., 1985.

Ontario. Legislative Assembly. *1967 Interim Report of the Select Committee on Company Law*, 1967.

Wegenast, Franklin Wellington. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 62 Man. R. (2d) 170, 64 D.L.R. (4th) 489, 45 B.L.R. 261, [1990] 2 W.W.R. 547, setting aside a judgment of the Court of Queen's Bench (1989), 62 Man. R. (2d) 177, [1989] 3 W.W.R. 514, granting the appellant's action on a guarantee. Appeal dismissed.

Donald G. Murray and Allan MacDonald, for the appellant.

Sidney Green, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal raises two issues: the applicability of the doctrine of *ultra vires* to a statutory corporation, and the liability of a guarantor to repay a loan which is *ultra vires* the lender.

I. Facts

Canadian Pickles Corporation was a Manitoba company in the business of producing and selling pickles. Canadian Pickles' operation was located in Stony Mountain, some 15 or 20 kilometres north of the City of Winnipeg. The majority shareholders of Canadian Pickles were Robert and June O'Donnell and the respondent, Rudy Vincent Maxwell, a lawyer

Gower, Laurence Cecil Bartlett, et al. *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

Klippert, George B. *Unjust Enrichment*. Toronto: Butterworths, 1983.

Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

Mockler, E. J. «The Doctrine of Ultra Vires in Letters Patent Companies». Dans Jacob S. Ziegel, éd., *Études sur le droit canadien des compagnies*. Toronto: Butterworths, 1967, 231.

O'Donovan, James and John C. Phillips. *The Modern Contract of Guarantee*. Sydney: Law Book Co., 1985.

Ontario. Legislative Assembly. *1967 Interim Report of the Select Committee on Company Law*, 1967.

Wegenast, Franklin Wellington. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswell, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 62 Man. R. (2d) 170, 64 D.L.R. (4th) 489, 45 B.L.R. 261, [1990] 2 W.W.R. 547, qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1989), 62 Man. R. (2d) 177, [1989] 3 W.W.R. 514, qui avait accueilli l'action de l'appelant relativement à un cautionnement. Pourvoi rejeté.

Donald G. Murray et Allan MacDonald, pour l'appelant.

Sidney Green, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi soulève deux questions: l'applicabilité de la théorie de l'*ultra vires* à une société constituée en vertu d'une loi et l'obligation d'une caution de rembourser un prêt qui excède les pouvoirs du prêteur.

I. Les faits

Canadian Pickles Corporation est une société manitobaine qui produit et vend des cornichons. L'usine de Canadian Pickles est située à Stony Mountain, à environ 15 ou 20 kilomètres au nord de la ville de Winnipeg. Les actionnaires majoritaires de Canadian Pickles étaient Robert et June O'Donnell ainsi que l'intimé, Rudy Vincent Maxwell, un avocat

who also acted as such for Canadian Pickles. The respondent, who owned 25 per cent of the issued shares of Canadian Pickles for which he had paid the sum of \$7,000 was also a director and officer of the company.

The appellant, the Communities Economic Development Fund, is a lending institution created by *The Communities Economic Development Fund Act*, R.S.M. 1987, c. C155 (the "Act"). As set out in the statute, the objects of the appellant are to encourage the economic development of "remote and isolated communities" in the province of Manitoba. The Board of Directors of the appellant did not exercise its power under its statute to pass a by-law to establish criteria of remoteness and isolation.

In the fall of 1986, Canadian Pickles approached the appellant for a loan for working capital and additional equipment. The appellant approved a loan to Canadian Pickles in the amount of \$150,000. The Board of Directors of the appellant had earlier made a policy decision to grant a limited number of loans to enterprises in Southern Manitoba. As a condition for granting the loan, the appellant required a guarantee from the directors of Canadian Pickles. A document entitled "Guarantee" was signed by Robert O'Donnell, June O'Donnell and the respondent.

The full amount of the loan was advanced by the appellant to creditors of Canadian Pickles, to equipment manufacturers, and in trust to the respondent as Canadian Pickles' solicitor. Canadian Pickles defaulted on the loan. A demand was eventually made by the appellant for the full amount of the loan plus costs and interest. When payment was not forthcoming, the appellant commenced action in the Court of Queen's Bench of Manitoba against the O'Donnells and the respondent, as guarantors of the loan. The trial judge found that the respondent was liable for the full amount of the loan. The respondent appealed to the Court of Appeal for Manitoba. His appeal was allowed and the action against him was dismissed.

qui agissait également en qualité de conseiller juridique pour Canadian Pickles. L'intimé, qui possédait 25 pour cent des actions émises de Canadian Pickles pour lesquelles il avait payé la somme de 7 000 \$, était également administrateur et dirigeant de la société.

L'appellant, le Fonds de développement économique local, est un établissement de crédit créé par la *Loi sur le Fonds de développement économique local*, L.R.M. 1987, ch. C155 (la «Loi»). Comme le prévoit la Loi, l'appellant a pour objet de favoriser le développement économique des «communautés éloignées» de la province du Manitoba. Le conseil d'administration de l'appellant n'a pas exercé le pouvoir qu'il avait, en vertu de la Loi, d'adopter un règlement administratif établissant des critères d'éloignement et d'isolement.

À l'automne 1986, Canadian Pickles a fait des démarches auprès de l'appellant afin d'obtenir un prêt au titre du fonds de roulement et d'équipement additionnel. L'appellant a consenti à Canadian Pickles un prêt de 150 000 \$. Le conseil d'administration de l'appellant avait auparavant pris une décision de principe de consentir un nombre restreint de prêts aux entreprises du sud du Manitoba. Comme condition du prêt, l'appellant avait exigé un cautionnement de la part des administrateurs de Canadian Pickles. Un document intitulé [TRADUCTION] «Cautionnement» (*Guarantee*) a été signé par Robert O'Donnell, June O'Donnell et l'intimé.

L'appellant a avancé le plein montant du prêt aux créanciers de Canadian Pickles, aux fabricants d'équipement et, en fiducie, à l'intimé à titre d'avocat de Canadian Pickles. Canadian Pickles n'a pas remboursé le prêt. L'appellant a finalement exigé le remboursement du plein montant du prêt plus les frais et intérêts. N'ayant pas reçu le remboursement, l'appellant a intenté une action devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba contre les O'Donnell et l'intimé, à titre de cautions du prêt. Le juge de première instance a conclu que l'intimé était tenu de rembourser le plein montant du prêt. L'intimé a interjeté appel à la Cour d'appel du Manitoba. Son appel a été accueilli et l'action intentée contre lui a été rejetée.

II. Statutory Provisions

The Communities Economic Development Fund Act, S.M. 1971, c. 84

2 Communities Economic Development Fund is established as a body corporate and politic and shall consist of the directors from time to time appointed under the provisions of this Act.

The Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155

1 In this Act,

. . .

“remote and isolated communities” means those communities which meet the criteria of remoteness and of isolation established under this Act, either by by-law of the board or by order of the Lieutenant Governor in Council.

2 The Communities Economic Development Fund is continued as a body corporate and consists of the directors appointed under this Act.

3 The objects of the fund are to encourage the optimum economic development of remote and isolated communities within the province and to that end

(a) to provide financial or other assistance to

(i) existing economic enterprises or to economic enterprises to be established; and

(ii) community development corporations;

(b) to emphasize and encourage the expansion and strengthening of small to medium-sized economic enterprises which are locally owned and operated; and

(c) generally to assist the minister in furthering economic development on behalf of the residents of remote and isolated communities, particularly as regards economically disadvantaged persons.

7 The fund may

. . .

(c) generally exercise the powers set out in Part III of The Corporations Act.

9(7) No loan shall be made under this Act or financial assistance given under this Act if the making or giving thereof contravenes any provision of this Act.

II. Les dispositions législatives

The Communities Economic Development Fund Act, S.M. 1971, ch. 84:

^a [TRANSDUCTION] **2** Le Fonds de développement économique local est constitué comme personne morale et corps politique et est composé des administrateurs nommés en vertu des dispositions de la présente loi.

^b *Loi sur le Fonds de développement économique local*, L.R.M. 1987, ch. C155

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

^c

. . .

«communautés éloignées» Communautés qui répondent aux critères d'éloignement et d'isolement établis en vertu de la présente loi, soit par règlement administratif du conseil soit par arrêté du lieutenant-gouverneur en conseil.

2 Le Fonds de développement économique local est prorogé comme une personne morale composée des administrateurs nommés aux termes de la présente loi.

^e **3** Le Fonds a pour objet de favoriser le développement économique maximal des communautés éloignées de la province et, à cette fin:

a) de fournir une aide financière ou autre:

(i) aux entreprises économiques établies ou en voie de l'être,

(ii) aux sociétés de développement des collectivités;

b) d'accélérer et de favoriser l'expansion et le renforcement des petites et moyennes entreprises possédées et exploitées par des résidents de la communauté;

c) d'une façon générale, d'aider le ministre à favoriser le développement économique pour le bénéfice des résidents des communautés éloignées, surtout en ce qui concerne les économiquement faibles.

7 Le Fonds peut:

ⁱ

. . .

c) d'une façon générale, exercer les pouvoirs prévus à la partie III de la Loi sur les corporations.

9(7) Aucun prêt et aucune aide financière ne peuvent être consentis en application de la présente loi en contra-vention de celle-ci.

26(2) The fund and any subsidiary of the fund has [sic] the general capacity and powers of a common law corporation; and no act of the fund or any subsidiary of the fund and no conveyance, transfer or security given to the fund is invalid.

26(5) Where there is any conflict between any provision of this Act and a provision of The Corporations Act, the provisions of this Act prevail.

The Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225

PART I

INTERPRETATION AND APPLICATION

1(1) In this Act,

. . .

“articles” means the original or restated articles of incorporation . . . and includes any Act, statute or ordinance by or under which a body corporate has been incorporated . . .

. . .

“corporation” means a body corporate heretofore or hereafter incorporated by or under an Act of the Legislature;

. . .

“special Act” means an Act of the Legislature other than this Act or any Act for which this Act is substituted;

3(1) Except where it is otherwise expressly provided,

. . .

(b) Parts II, V and VI, Division I of Part X, and Parts XIII to XIX and Parts XXI to XXVI do not apply to a corporation created for government purposes or to corporations created under The Public Schools Act or The Health Services Act.

PART III

CAPACITY AND POWERS

15(1) A corporation has the capacity and, subject to this Act, the rights, powers and privileges of a natural person.

26(2) Le Fonds et ses filiales jouissent de la même capacité générale et des mêmes pouvoirs que les corporations de common law; aucun acte du Fonds ou d’une de ses filiales ni aucun acte de cession ou de transfert ni aucune garantie donnés au Fonds ne sont invalides.

26(5) En cas de conflit, la présente loi l’emporte sur la Loi sur les corporations.

Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225

PARTIE I

DÉFINITIONS ET APPLICATION

1(1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

«corporation» Personne morale constituée par une loi de la Législature ou en vertu d’une telle loi.

. . .

«loi spéciale» Loi de la Législature autre que la présente loi ou toute loi que la présente loi remplace.

. . .

«statuts» Les clauses, initiales ou mises à jour, réglant la constitution [. . .] Sont assimilés à des statuts toute loi ou ordonnance par ou en vertu de laquelle une personne morale a été constituée . . .

3(1) Sauf disposition expresse à l’effet contraire,

. . .

b) les parties II, V et VI, la section I de la partie X, les parties XIII à XIX ainsi que les parties XXI à XXVI ne s’appliquent pas aux corporations créées à des fins gouvernementales ou municipales ni aux corporations créées sous le régime de la Loi sur les écoles publiques ou de la Loi sur les services de santé.

PARTIE III

CAPACITÉ ET POUVOIRS

15(1) La corporation a, sous réserve de la présente loi, la capacité d’une personne physique.

16(3) No act of a corporation, including any transfer of property to or by a corporation, is invalid by reason only that the act or transfer is contrary to its articles or this Act.

PART XIX

REMEDIES, OFFENCES AND PENALTIES

231 In this Part,

. . . .

“complainant” means

. . . .

(b) a director or an officer or a former director or officer of a corporation or of any of its affiliates, or

(c) the Director, or

(d) any other person who, in the discretion of a court, is a proper person to make an application under this Part.

240 If a corporation or any director, officer, employee, agent, auditor, trustee, receiver, receiver-manager or liquidator of a corporation does not comply with this Act, the regulations, articles, by-laws, or a unanimous shareholder agreement, a complainant or a creditor of the corporation may, in addition to any other right he has, apply to a court for an order directing any such person to comply with, or restraining any such person from acting in breach of, any provisions thereof, and upon such application the court may so order and make any further order it thinks fit.

III. Judgments of the Courts Below

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*, [1989] 3 W.W.R. 514

Associate Chief Justice Scott (as he then was) awarded judgment against the respondent Maxwell and dealt extensively with the issue of a possible breach by the appellant of a duty owed to the respondent. The issue of a breach of duty was not raised on this appeal. On the *ultra vires* issue, the Associate Chief Justice concluded that the loan was *ultra vires* because of the appellant's failure to follow the procedures set out in the Act (at p. 527):

16(3) Les actes de la corporation, y compris les transferts de biens, ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à ses statuts ou à la présente loi.

PARTIE XIX

RECOURS, INFRACTIONS ET PEINES

231 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . . .

«plaignant»

. . . .

b) tout administrateur ou dirigeant, ancien ou actuel, d'une corporation ou de personnes morales du même groupe,

c) le directeur,

d) toute autre personne qui, d'après un tribunal, a qualité pour présenter les demandes visées à la présente partie.

240 En cas d'inobservation par la corporation ou ses administrateurs, dirigeants, employés, mandataires, vérificateurs, fiduciaires, séquestres, séquestres-gérants ou liquidateurs de la présente loi, de ses règlements d'application, des statuts, des règlements administratifs de la corporation ou d'une convention unanime des actionnaires, tout plaignant ou créancier a, en plus de ses autres droits, celui de demander au tribunal de leur ordonner de s'y conformer, celui-ci pouvant rendre à cet effet les ordonnances qu'il estime pertinentes.

III. Jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour du Banc de la Reine du Manitoba*, [1989] 3 W.W.R. 514

Le juge en chef adjoint Scott (maintenant Juge en chef du Manitoba) a rendu jugement contre l'intimé Maxwell et a analysé en profondeur la question d'un éventuel manquement par l'appelant à une obligation qu'il avait envers l'intimé. Cette question du manquement à une obligation n'a pas été soulevée dans le présent pourvoi. En ce qui concerne la question de l'*ultra vires*, le juge en chef adjoint a conclu que le prêt était *ultra vires* parce que l'appelant ne s'était pas conformé à la procédure prévue par la Loi (à la p. 527):

Whatever may have been the policy reasons behind the board's decision to expand the definition of "remote and isolated", as evidenced by the extracts of minutes filed, the fund failed to follow the procedures mandated by the Act for such purpose, and it is therefore my opinion that the loan exceeds the statutory mandate of the fund.

Having found the loan to be *ultra vires*, the trial judge held that he was bound by the cases of *Breckenridge Speedway Ltd. v. The Queen in right of Alberta*, [1970] S.C.R. 175, and *Alberta (Provincial Treasurer) v. Meadow Rue Holdings Ltd.* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 294 (C.A.). The Associate Chief Justice found that the respondent was obliged to honour his guarantee even though the principal debt was *ultra vires* the lender, because the respondent had encouraged the appellant to loan the money, and because he benefited from the loan as a shareholder and director of Canadian Pickles. Following *Breckenridge, supra*, the trial judge found the respondent liable on his guarantee on the principle of moneys had and received.

B. *Manitoba Court of Appeal*, [1990] 2 W.W.R. 547

The Manitoba Court of Appeal allowed the respondent's appeal, Monnin C.J.M. dissenting. The Court of Appeal was unanimous that the loan in question was *ultra vires* the appellant. The majority judgment emphasized that because the respondent had received no money from the Fund, he could not be liable for the repayment of the money on the principle of moneys "had and received." Accordingly, *Breckenridge, supra*, could not be said to apply. In his dissenting judgment, Monnin C.J.M. agreed with the trial judge's finding that the respondent had received a benefit from the loan as a director and shareholder of Canadian Pickles. Monnin C.J.M. would accordingly have found the respondent liable on his guarantee.

(1) Huband J.A. (O'Sullivan J.A. concurring)

Huband J.A. concluded on the basis of the decisions in *Brougham v. Dwyer* (1913), 108 L.T. 504 (K.B. Div.), and *Breckenridge, supra*, that an *ultra*

[TRADUCTION] Quelles que puissent avoir été les raisons de principe à la base de la décision du conseil d'élargir la définition du terme «éloignées», comme l'indique l'extrait du procès-verbal déposé en preuve, le Fonds a omis de suivre la procédure prescrite à cette fin par la Loi et, à mon avis, le Fonds ne pouvait donc légalement consentir ce prêt.

Ayant conclu que le prêt était *ultra vires*, le juge de première instance a statué qu'il était lié par les arrêts *Breckenridge Speedway Ltd. c. La Reine du chef de l'Alberta*, [1970] R.C.S. 175, et *Alberta (Provincial Treasurer) v. Meadow Rue Holdings Ltd.* (1986), 45 Alta. L.R. (2d) 294 (C.A.). Le juge en chef adjoint a conclu que l'intimé était tenu d'honorer son cautionnement même si la créance principale excédait les pouvoirs du prêteur, parce que l'intimé avait incité l'appellant à consentir le prêt et qu'il avait profité du prêt en tant qu'actionnaire et administrateur de Canadian Pickles. Conformément à l'arrêt *Breckenridge, précité*, le juge de première instance a statué que l'intimé devait honorer son cautionnement en vertu du principe du recouvrement des sommes reçues.

B. *La Cour d'appel du Manitoba*, [1990] 2 W.W.R. 547

La Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel de l'intimé, le juge en chef Monnin étant dissident. La Cour d'appel a statué, à l'unanimité, que le prêt en question excédait les pouvoirs de l'appellant. La cour à la majorité a fait ressortir que, puisque l'intimé n'avait pas reçu d'argent du Fonds, il ne pouvait être tenu de rembourser la somme en vertu du principe du recouvrement des sommes «reçues». En conséquence, on ne pouvait dire que l'arrêt *Breckenridge, précité*, s'appliquait. Dans sa dissidence, le juge en chef Monnin s'est dit d'accord avec la conclusion du juge de première instance que l'intimé avait profité du prêt en tant qu'administrateur et actionnaire de Canadian Pickles. Le juge en chef Monnin aurait donc statué que l'intimé était tenu d'honorer son cautionnement.

(1) Le juge Huband (aux motifs duquel a souscrit le juge O'Sullivan)

Se fondant sur la décision *Brougham v. Dwyer* (1913), 108 L.T. 504 (K.B. Div.), et sur l'arrêt *Breckenridge, précité*, le juge Huband a conclu qu'un

vires loan is not an illegal contract, it is a nullity. A guarantor cannot be liable for guaranteeing a loan which is void from the outset. The loan being a nullity, the guarantee is a “meaningless document upon which no legal action can be founded” (p. 557).

Huband J.A. also rejected the argument that the respondent was liable on the grounds of moneys “had and received”, because the respondent had received no money from the appellant (at p. 556):

I can understand how the primary debtor, Canadian Pickles, might be said to have received money or its equivalent, or at least that it is estopped from denying its receipt. But how can that be said of the guarantor Maxwell? It is a certainty that he did not receive either money or its equivalent, and I do not see how he could possibly be estopped from so stating. I do not see how he could be held liable for repayment of moneys “had and received” when the moneys were neither had nor received by him.

Finally, Huband J.A. rejected the position of the Alberta Court of Appeal in *Meadow Rue*, *supra*, that the encouragement of the loan could itself create a liability. Huband J.A. rejected *Meadow Rue* on the grounds that encouragement of a loan cannot create a liability if the loan is itself a nullity (at p. 557):

With great respect to the Alberta Court of Appeal, I do not see how the encouragement of the loan can create a liability when the loan itself is a nullity. I do not see how one can guarantee that which . . . did not exist in point of law. The guarantee itself becomes a meaningless document upon which no legal action can be founded.

(2) Monnin C.J.M. (dissenting)

Monnin C.J.M. concurred with Huband J.A. in upholding the finding of the trial judge that the loan was *ultra vires* the appellant. However, the Chief Justice disagreed with the majority and would have upheld the result at trial, on the grounds that the principle in *Breckenridge*, *supra*, should apply to the

prêt *ultra vires* n’est pas un contrat illégal, mais qu’il est entaché de nullité. Une caution ne saurait être tenue de garantir un prêt qui, au départ, est nul d’une nullité absolue. Puisque le prêt est entaché de nullité, le cautionnement est [TRADUCTION] «un document vide de sens sur lequel aucune action judiciaire ne saurait être fondée» (p. 557).

Le juge Huband a également rejeté l’argument selon lequel l’intimé était tenu d’honorer son cautionnement en vertu du principe du recouvrement des sommes «reçues» puisque l’intimé n’avait pas reçu d’argent de l’appelant (à la p. 556):

[TRADUCTION] Je puis comprendre qu’on pourrait affirmer que le débiteur principal, Canadian Pickles, a reçu de l’argent ou l’équivalent, ou tout au moins qu’elle ne peut nier l’avoir reçu. Mais comment peut-on affirmer la même chose de la caution Maxwell? Il est certain qu’il n’a pas reçu d’argent ou d’équivalent, et je ne vois pas comment on pourrait l’empêcher de le dire. Je ne vois pas comment il pourrait être tenu de rembourser des sommes «reçues» s’il ne les a jamais reçues.

Enfin, le juge Huband a rejeté la position de la Cour d’appel de l’Alberta, dans l’arrêt *Meadow Rue*, précité, selon laquelle l’incitation à consentir un prêt peut elle-même créer une obligation. Le juge Huband a rejeté l’arrêt *Meadow Rue* pour le motif que l’incitation à consentir un prêt ne saurait créer une obligation si le prêt lui-même est nul (à la p. 557):

[TRADUCTION] En toute déférence pour la Cour d’appel de l’Alberta, je ne vois pas comment l’incitation à consentir un prêt peut créer une obligation lorsque le prêt lui-même est nul. Je ne vois pas comment une personne peut cautionner ce qui [. . .] n’existe pas en droit. Le cautionnement devient «un document vide de sens sur lequel aucune action judiciaire ne saurait être fondée».

(2) Le juge en chef Monnin (dissident)

À l’instar du juge Huband, le juge en chef Monnin a maintenu la conclusion du juge de première instance que le prêt excédait les pouvoirs de l’appelant. Toutefois, le Juge en chef s’est dit en désaccord avec la majorité et aurait confirmé le résultat du procès pour le motif que le principe établi dans l’arrêt

respondent because the respondent received a benefit from the loan (at p. 551):

In my view it cannot be said that he received no benefit from the loan. Maxwell was a shareholder, director and officer of Canadian Pickles and its legal representative. If the business had been successful, he and the other shareholders would have reaped the benefits and advantages of that loan by the accretion of the shares, the possibility of dividends and/or profits, as well as the probable additional legal work which would flow from a prosperous business enterprise.

Following *Meadow Rue*, *supra*, the Chief Justice accepted that a guarantor who benefits from an *ultra vires* loan will be liable to repay the loan. This is an example of “equity in action”: the respondent is liable because it would be unconscionable for him not to be liable (at p. 552):

I accept as sound, good common sense and good law the statement of Kerans J.A. in *Meadow Rue Hldg.* It would be unconscionable for Maxwell, the guarantor in this case, and under these circumstances to deny liability to the fund on the basis that he did not receive the cold cash and, further, that the fund exceeded its authority in advancing the moneys to Canadian Pickles. Maxwell is not in a position to say to the fund, “Tough luck, your document is no good, invalid and I’m under no obligation to repay one red cent.”

IV. Issues

1. Was the loan by the appellant to Canadian Pickles *ultra vires* the appellant?
2. If the loan was *ultra vires*, is the respondent liable to repay the loan as guarantor?

V. Is the Loan *Ultra Vires*?

There can be no doubt that the appellant’s loan to Canadian Pickles was contrary to the objects of the appellant as stated in s. 3 of the Act. Stony Mountain, where Canadian Pickles’ operation was located, is not a remote and isolated community. In this regard, I accept the finding of Monnin C.J.M. (dissenting on other grounds): “The town of Stony Mountain is a prosperous and viable non-urban area. It is not remote nor is it an isolated community” (p. 550).

Breckenridge, précité, devrait s’appliquer à l’intimé parce que celui-ci a profité du prêt (à la p. 551):

[TRADUCTION] À mon avis, on ne peut affirmer qu’il n’a pas profité du prêt. Maxwell était actionnaire, administrateur et dirigeant de Canadian Pickles ainsi que son représentant juridique. Si l’entreprise avait bien fonctionné, il aurait, à l’instar des autres actionnaires, tiré profit de ce prêt en raison de l’accroissement de la valeur des actions, de la possibilité de dividendes ou de profits, ou les deux à la fois, et du travail juridique additionnel qui aurait probablement découlé d’une entreprise florissante.

Conformément à l’arrêt *Meadow Rue*, précité, le Juge en chef a accepté qu’une caution qui profite d’un prêt *ultra vires* est tenue de rembourser ce prêt. C’est là un exemple de l’ [TRADUCTION] «application de l’*equity*»; l’intimé est responsable parce qu’il serait inique qu’il ne le soit pas (à la p. 552):

[TRADUCTION] J’accepte, comme conforme au simple bon sens et comme bon principe de droit, l’énoncé du juge Kerans, dans l’arrêt *Meadow Rue Hldg.* Il serait inique pour Maxwell, la caution dans la présente affaire, dans ces circonstances, de refuser d’être responsable envers le Fonds pour le motif qu’il n’a pas reçu d’argent liquide et que le Fonds a excédé ses pouvoirs en avançant les sommes à Canadian Pickles. Maxwell n’est pas en mesure de dire au Fonds: «Tant pis, votre document n’est pas bon et je n’ai pas à vous rembourser un sou.»

IV. Les questions en litige

1. Le prêt consenti par l’appellant à Canadian Pickles excède-t-il les pouvoirs de l’appellant?
2. Si le prêt est *ultra vires*, l’intimé est-il tenu de le rembourser à titre de caution?

V. Le prêt est-il *ultra vires*?

Il n’y a pas de doute que le prêt consenti par l’appellant à Canadian Pickles était contraire aux objets de l’appellant, énoncés à l’art. 3 de la Loi. La ville de Stony Mountain, où est située l’usine de Canadian Pickles, n’est pas une communauté éloignée. À cet égard, j’accepte la conclusion du juge en chef Monnin (dissentant pour d’autres motifs), selon laquelle [TRADUCTION] «[l]a ville de Stony Mountain est une région non urbaine prospère et viable. Ce n’est pas

Indeed, neither the trial judge nor any judge of the Court of Appeal differed on this point.

I would note that the appellant's board of directors is empowered by s. 1 of the Act to establish "criteria of remoteness and of isolation" by passing a by-law. I doubt that there are criteria consistent with the objects of the Act that would make Stony Mountain a remote and isolated community. Be that as it may, as already mentioned, the board of directors of the appellant chose not to attempt to bring the loan to Canadian Pickles within the objects of the Act by passing a by-law, assuming such a by-law would have been valid.

The making of a loan contrary to the statutory objects of the appellant is a violation of the prohibition in s. 9(7) of the Act against loans which contravene any provision of the Act. The question is, what are the consequences of this violation of s. 9(7) of the Act? Must the loan be *ultra vires* the appellant, or is some less drastic result possible? To answer these questions, a brief review of the law of *ultra vires* is warranted following which I shall discuss the relevant legal principles as they apply to the facts of the instant case.

A. *The Law of Ultra Vires*

A review of the law of *ultra vires* is important to establish the context in which the provisions of the Act should be interpreted. Of particular relevance is the distinction that has been made in the application of the *ultra vires* doctrine between common law and statutory corporations.

(1) Common Law Corporations

Shortly put, the doctrine of *ultra vires* has been applied to corporations created by statute or pursuant to statutory authority, but has not been applied to corporations created by the exercise of the royal prerogative. Corporations created by the exercise of the royal prerogative, known as "chartered", "letters

une communauté éloignée» (p. 550). En fait, le juge de première instance et les autres juges de la Cour d'appel étaient également de cet avis.

Je tiens à préciser que le conseil d'administration de l'appellant est habilité, en vertu de l'art. 1 de la Loi, à établir, par règlement administratif, des «critères d'éloignement et d'isolement». Je doute qu'il existe des critères, compatibles avec les objets de la Loi, qui feraient de Stony Mountain une communauté éloignée. Quelle que soit la situation, comme je l'ai déjà mentionné, le conseil d'administration de l'appellant a choisi de ne pas tenter de rendre, par règlement administratif, le prêt à Canadian Pickles conforme aux objets de la Loi, à supposer que pareil règlement administratif eût été valide.

Tout prêt contraire aux objets légaux de l'appellant viole le par. 9(7) de la Loi, qui interdit les prêts en contravention de la Loi. Il s'agit de déterminer les conséquences de cette violation du par. 9(7) de la Loi. Faut-il conclure que le prêt excède les pouvoirs de l'appellant ou est-il possible d'en arriver à un résultat moins radical? Pour répondre à ces questions, un bref examen du droit en matière d'*ultra vires* s'impose; après quoi, j'analyserai les principes juridiques pertinents applicables aux faits de la présente affaire.

A. *Le droit en matière d'ultra vires*

Il est important de faire une analyse du droit en matière d'*ultra vires* pour établir le contexte dans lequel les dispositions de la Loi devraient être interprétées. Il est particulièrement pertinent d'examiner la distinction qui a été faite dans l'application de la théorie de l'*ultra vires* entre les sociétés constituées en vertu de la common law et les sociétés constituées en vertu d'une loi.

(1) Les sociétés constituées en vertu de la common law

En quelques mots, la théorie de l'*ultra vires* a été appliquée aux sociétés constituées par une loi ou en vertu d'une loi, mais ne l'a pas été aux sociétés constituées par suite de l'exercice de la prérogative royale. Les sociétés constituées par suite de l'exercice de la prérogative royale, soit les sociétés consti-

patent” or “common law” corporations, are taken to have all the powers of a natural person. The actions of a common law corporation are not invalid because they are outside the stated objects of a corporation: *Sutton’s Hospital Case* (1613), 10 Co. Rep. 1a, 23a; 77 E.R. 937, 960. Legal action may be taken against a common law corporation if it acts outside its objects, but the acts are not invalid.

The Judicial Committee of the Privy Council considered the powers of a letters patent corporation in *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566. The appellants were incorporated by letters patent issued by the Lieutenant-Governor of Ontario, under the authority both of *The Ontario Companies Act*, R.S.O. 1897, c. 191, and of all other powers and authority vested in the Lieutenant-Governor. The objects of the appellants, as stated in the letters patent, were to carry on the business of mining and exploration. The letters patent did not limit the appellants’ area of operation. The appellants were carrying on mining operations in the Yukon. As a result of disagreements over certain mining leases, the appellants brought an action for damages against the respondent. The appeal came to the Judicial Committee of the Privy Council on the bare question of whether the appellants had the power to carry on operations in the Yukon.

The Judicial Committee held that the appellants did have the power to carry on operations in the Yukon, and allowed the appeal. Writing for the Committee, Viscount Haldane distinguished companies created by charter from those created by statute (at pp. 583-84):

In the case of a company created by charter the doctrine of ultra vires has no real application in the absence of statutory restriction added to what is written in the charter. Such a company has the capacity of a natural person to acquire powers and rights. If by the terms of the charter it is prohibited from doing so, a violation of this prohibition is an act not beyond its capacity, and is therefore not ultra vires, although such a violation may well give ground for proceedings by way of scire facias for the forfeiture of the charter.

tuées «par une charte», «par lettres patentes» ou «en vertu de la common law», sont toutes considérées comme ayant les pouvoirs d’une personne physique. Les actes d’une société constituée en vertu de la common law ne sont pas invalides du fait qu’ils excèdent les objets explicites d’une société: *Sutton’s Hospital Case* (1613), 10 Co. Rep. 1a, 23a; 77 E.R. 937, 960. Une action judiciaire peut être intentée contre une société constituée en vertu de la common law si elle accomplit des actes qui excèdent ses objets, mais ces actes ne sont pas invalides.

Dans l’arrêt *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566, le Comité judiciaire du Conseil privé a analysé les pouvoirs de sociétés constituées par lettres patentes délivrées par le lieutenant-gouverneur de l’Ontario, en vertu de *l’Ontario Companies Act*, R.S.O. 1897, ch. 191, et de toute autorité et tout pouvoir conférés au lieutenant-gouverneur. Les objets des appelantes, selon les lettres patentes, étaient l’exploitation d’entreprises d’exploration et d’extraction. Les lettres patentes ne limitaient pas le champ d’exploitation des appelantes. Celles-ci exploitaient des mines au Yukon. Suite à des différends au sujet de certains baux miniers, les appelantes ont intenté une action en dommages-intérêts contre l’intimé. L’appel devant le Comité judiciaire du Conseil privé portait strictement sur la question de savoir si les appelantes avaient le pouvoir d’exploiter une entreprise au Yukon.

Le Comité judiciaire a statué que les appelantes avaient le pouvoir d’exploiter une entreprise au Yukon et a accueilli l’appel. S’exprimant au nom du Comité, le vicomte Haldane a établi une distinction entre les sociétés constituées par une charte et celles constituées par une loi (aux pp. 583 et 584):

[TRADUCTION] Dans le cas d’une société constituée par une charte, la théorie de l’ultra vires ne s’applique pas vraiment en l’absence d’une restriction légale venant s’ajouter à ce qui est prévu dans la charte. Une telle société peut acquérir les mêmes pouvoirs et droits qu’une personne physique. Si les dispositions de sa charte le lui interdisent, ce n’est pas sa capacité juridique qui est en cause lorsqu’elle viole cette interdiction et son acte n’est pas ultra vires, bien que cette violation puisse donner lieu à des procédures de scire facias en vue de faire annuler sa charte.

Prior to the decision in *Bonanza Creek*, some Canadian courts had assumed that the doctrine of *ultra vires* did apply to chartered companies: see *Union Bank of Canada v. A. McKillop & Sons, Ltd.* (1915), 51 S.C.R. 518. After the decision, it was clear that restrictions in the charter of the company were not sufficient to make any act *ultra vires*, although other remedies might be available for breach of the charter: see F. W. Wegenast, *The Law of Canadian Companies* (1979), at pp. 141-44. However, the doctrine of *ultra vires* remained applicable to chartered companies after *Bonanza Creek* in the limited sense that an action could still be *ultra vires* the company if the act were prohibited by statute. This conclusion follows from the passage just quoted from *Bonanza Creek, supra*, at pp. 583-84: "In the case of a company created by charter the doctrine of *ultra vires* has no real application in the absence of statutory restriction added to what is written in the charter" (emphasis added). For analysis, see Wegenast, *supra*, at pp. 141-50, and E. J. Mockler's helpful article, "The Doctrine of Ultra Vires in Letters Patent Companies", in J. S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law* (1967).

(2) Corporations Created by or Under a Statute

The presumption at common law is that corporations created by or under a statute have only those powers which are expressly or impliedly granted to them. To the extent that a corporation acts beyond its powers, its actions are *ultra vires* and invalid. Assessing the limits of the powers of a corporation created by or under a statute is a question of the interpretation of the statute and corporation's constituting documents which give the corporation its powers.

If the appropriate language is used, the powers of a corporation created by or under a statute may be as wide as those of a common law corporation. The question will turn on the language used in the statute constituting documents. The point is well illustrated by the following passage from *Bonanza Creek, supra*, at p. 578:

Avant l'arrêt *Bonanza Creek*, certains tribunaux canadiens avaient supposé que la théorie de l'*ultra vires* s'appliquait aux sociétés constituées par une charte: voir *Union Bank of Canada v. A. McKillop & Sons, Ltd.* (1915), 51 R.C.S. 518. Après l'arrêt *Bonanza Creek*, il est devenu évident que les restrictions contenues dans la charte de la société ne suffisaient pas à rendre un acte *ultra vires*, mais que d'autres recours pouvaient exister en cas de violation de la charte: voir F. W. Wegenast, *The Law of Canadian Companies* (1979), aux pp. 141 à 144. Toutefois, après l'arrêt *Bonanza Creek*, la théorie de l'*ultra vires* est demeurée applicable aux sociétés constituées par une charte, en ce sens restreint où un acte pouvait encore excéder les pouvoirs de la société si la loi interdisait de l'accomplir. Cette conclusion découle du passage que je viens de citer de l'arrêt *Bonanza Creek*, précité, aux pp. 583 et 584: [TRADUCTION] «Dans le cas d'une société constituée par une charte, la théorie de l'*ultra vires* ne s'applique pas vraiment en l'absence d'une restriction légale venant s'ajouter à ce qui est prévu dans la charte» (je souligne). Pour une analyse, voir Wegenast, *op. cit.*, aux pp. 141 à 150, et l'excellent article de l'auteur E. J. Mockler, «The Doctrine of Ultra Vires in Letters Patent Companies», dans J. S. Ziegel, éd., *Études sur le droit canadien des compagnies* (1967).

(2) Les sociétés constituées par une loi ou en vertu d'une loi

La présomption en common law est que les sociétés constituées par une loi ou en vertu d'une loi ne possèdent que les pouvoirs qui leur sont expressément ou implicitement conférés. Dans la mesure où une société accomplit un acte qui excède ses pouvoirs, cet acte est *ultra vires* et invalide. La détermination des limites des pouvoirs d'une société constituée par une loi ou en vertu d'une loi constitue une question d'interprétation de la loi et des actes constitutifs qui confèrent à la société ses pouvoirs.

Si les termes appropriés sont utilisés, les pouvoirs d'une société constituée par une loi ou en vertu d'une loi peuvent être aussi larges que ceux d'une société constituée en vertu de la common law. La question dépendra des termes utilisés dans les actes constitutifs légaux. Ce point ressort clairement de l'extrait suivant de l'arrêt *Bonanza Creek*, précité, à la p. 578:

Such a creature, where its entire existence is derived from the statute, will have the incidents which the common law would attach if, but only if, the statute has by its language gone on to attach them. In the absence of such language they are excluded, and if the corporation attempts to act as though they were not, it is doing what is ultra vires and so prohibited as lying outside its existence in contemplation of law. The question is simply one of interpretation of the words used. For the statute may be so framed that executive power to incorporate by charter, independently of the statute itself, which some authority, such as a Lieutenant-Governor, possessed before it came into operation, has been left intact. Or the statute may be in such a form that a new power to incorporate by charter has been created, directed to be exercised with a view to the attainment of, for example, merely territorial objects, but not directed in terms which confine the legal personality which the charter creates to existence for the purpose of these objects and within territorial limits. The language may be such as to show an intention to confer on the corporation the general capacity which the common law ordinarily attaches to corporations created by charter.

(a) *Memorandum Corporations*

The doctrine of *ultra vires* was first applied to memorandum companies incorporated under business corporation statutes in *Ashbury Railway Carriage & Iron Co. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653. The appellant was incorporated under the *Companies Act*, 1862. The purpose of the company, set out in its memorandum, was to carry on business as mechanical engineers and general contractors. The directors of the appellant entered into a contract with the respondent Riche. As part of the contract, the appellant was to purchase a railway concession in Belgium, and to raise money for the construction of the railway. The House of Lords held that the transaction was *ultra vires* the appellant because it was beyond the scope of its memorandum. As a consequence, the contract was null and void, and not capable of ratification by the shareholders of the appellant. Prior to the statutory abolition in most Canadian jurisdictions of the *ultra vires* doctrine for companies incorporated under the business corporation statutes,

[TRADUCTION] Lorsqu'elle tire toute son existence de la loi, cette créature du législateur jouira des privilèges de la common law uniquement si le texte même de la loi les lui accorde. En l'absence de termes exprès en ce sens, une telle société n'a pas ces privilèges et si elle agissait comme si ces privilèges étaient les siens son action serait ultra vires et, à ce titre, interdite parce qu'exorbitante de l'objet visé par la loi. La question se résume simplement à l'interprétation des mots du texte de loi. Il peut être rédigé de manière telle que le pouvoir accordé à l'exécutif de constituer une société par une charte indépendamment de la loi elle-même, pouvoir qu'auraient eu certaines autorités, tels les lieutenants-gouverneurs, avant l'entrée en vigueur de la loi, demeure intact. Ou la rédaction de la loi peut être telle qu'elle crée un nouveau pouvoir de constituer des sociétés à charte, en précisant qu'il devra être exercé de manière à atteindre, par exemple, des fins purement locales, mais sans toutefois être telle qu'elle limite la personnalité juridique créée par la charte à la réalisation de ces fins et la confine dans des limites territoriales précises. Ces termes pourront indiquer l'intention de conférer à la société la capacité générale que la common law confère habituellement aux sociétés constituées par une charte.

a) *Les sociétés constituées par la procédure du mémoire des conventions*

La théorie de l'*ultra vires* a tout d'abord été appliquée aux sociétés constituées par la procédure du mémoire des conventions en vertu des lois sur les sociétés par actions, dans l'arrêt *Ashbury Railway Carriage & Iron Co. v. Riche* (1875), L.R. 7 H.L. 653. L'appelante avait été constituée en vertu de la *Companies Act*, 1862. L'objet de la société, comme le prévoyait son mémoire des conventions, était d'exploiter une entreprise d'ingénieurs mécaniques et d'entrepreneurs généraux. Les administrateurs de l'appelante avaient conclu un contrat avec l'intimé Riche. Dans le cadre du contrat, l'appelante devait acheter une concession ferroviaire en Belgique et recueillir des fonds pour la construction d'un chemin de fer. La Chambre des lords a statué que l'opération excédait les pouvoirs de l'appelante parce qu'elle était exorbitante de l'objet de son mémoire des conventions. En conséquence, le contrat était nul et sans effet et ne pouvait être ratifié par les actionnaires de l'appelante. Avant l'abolition par voie législative, dans la plupart des ressorts canadiens, de la théorie de l'*ultra vires* à l'égard des sociétés constituées en

Ashbury Railway and Bonanza Creek, supra, were the law in Canada.

(b) *Corporations Created by Special Act*

The applicability of the doctrine of *ultra vires* to corporations created by special act was at issue in *Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473 (H.L.). The respondent company was incorporated by an Act of Parliament. The respondent was given a variety of powers by several statutes. The respondent purported to lease locomotives to another railway company. The appellant sought an injunction to prevent the respondent from leasing its locomotives or other rolling stock, on the grounds that the directors of the respondent had exceeded their powers. The House of Lords held that the acts in question were *intra vires* the company because expressly authorized by the statutory scheme. In so finding, their Lordships stated emphatically that the principle earlier enunciated in *Ashbury Railway, supra*, applied also to statutory corporations. In the words of Lord Watson, at p. 486:

I cannot doubt that the principle by which this House, in the case of the *Ashbury Railway Company v. Riche*, tested the power of a joint stock company registered (with limited liability) under the *Companies Act* of 1862, applies with equal force to the case of a railway company incorporated by Act of Parliament. That principle, in its application to the present case, appears to me to be this, that when a railway company has been created for public purposes, the Legislature must be held to have prohibited every act of the company which its incorporating statutes do not warrant either expressly or by fair implication.

The House of Lords affirmed the applicability of *Ashbury Railway* to corporations created by special act in *Baroness Wenlock v. River Dee Co.* (1885), 10 App. Cas. 355 (H.L.). Lord Watson held that the powers of a statutory corporation are limited by the purposes of the corporation as set out in the special act (at pp. 362-63):

vertu des lois sur les sociétés par actions, les arrêts *Ashbury Railway* et *Bonanza Creek*, précités, établissaient la règle de droit applicable au Canada.

b) *Les sociétés constituées par une loi spéciale*

L'applicabilité de la théorie de l'*ultra vires* aux sociétés constituées par une loi spéciale a été soulevée dans l'arrêt *Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.* (1880), 5 App. Cas. 473 (H.L.). Dans cette affaire, la société intimée avait été constituée par une loi du Parlement. Elle s'était vu conférer divers pouvoirs par plusieurs lois. L'intimée a voulu louer des locomotives à une autre société ferroviaire. L'appelant a cherché à obtenir une injonction visant à empêcher l'intimée de louer ses locomotives ou d'autre matériel roulant pour le motif que les administrateurs de l'intimée avaient excédé leurs pouvoirs. La Chambre des lords a statué que les actes en question étaient conformes aux pouvoirs de la société parce qu'ils étaient expressément autorisés par le régime législatif. En arrivant à cette conclusion, leurs Seigneuries ont affirmé catégoriquement que le principe énoncé antérieurement dans l'arrêt *Ashbury Railway*, précité, était aussi applicable aux sociétés constituées en vertu d'une loi. Lord Watson dit, à la p. 486:

[TRADUCTION] Je ne puis douter que le principe sur lequel cette Chambre s'est fondée, dans l'arrêt *Ashbury Railway Company v. Riche*, pour déterminer le pouvoir d'une société par actions (avec responsabilité limitée) enregistrée en vertu de la *Companies Act* de 1862 s'applique avec la même vigueur à une société ferroviaire constituée par une loi du Parlement. Ce principe, appliqué à la présente affaire, me paraît être le suivant: si une société ferroviaire a été constituée à des fins publiques, le législateur doit avoir eu l'intention de lui interdire d'accomplir tout acte que ses lois constitutives ne justifient pas de manière expresse ou raisonnablement implicite.

La Chambre des lords a, dans l'arrêt *Baroness Wenlock v. River Dee Co.* (1885), 10 App. Cas. 355 (H.L.), confirmé l'applicabilité de l'arrêt *Ashbury Railway*, précité, aux sociétés constituées par une loi spéciale. Lord Watson a statué que les pouvoirs d'une société constituée par une loi sont restreints par les fins prévues dans la loi spéciale (aux pp. 362 et 363):

Whenever a corporation is created by Act of Parliament, with reference to the purposes of the Act, and solely with a view to carrying these purposes into execution, I am of opinion not only that the objects which the corporation may legitimately pursue must be ascertained from the Act itself, but that the powers which the corporation may lawfully use in furtherance of these objects must either be expressly conferred or derived by reasonable implication from its provisions.

The principle that a statutory corporation can do only what it is expressly or impliedly authorized to do by the statute creating it has been repeatedly applied by Canadian courts. The principle was approved by Locke J. in this Court, in *Canadian Pacific Railway Co. v. City of Winnipeg*, [1952] 1 S.C.R. 424, at p. 485. The principle was referred to as "trite law" in *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 133 D.L.R. (3d) 321 (Ont. C.A.), at p. 326. In *Redlin v. Governors of the University of Alberta* (1979), 23 A.R. 42 (Dist. Ct.), affirmed unanimously on appeal (1980), 23 A.R. 31, Stevenson Dist. Ct. J. (as he then was), said in reference to the same principle that, "One cannot quarrel with that general proposition" (p. 48). I would also refer to *Alberta Mortgage and Housing Corp. v. Ciereszko*, [1986] 2 W.W.R. 57 (Alta. Q.B.). The principle has been recently affirmed by the House of Lords in *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*, [1991] 2 W.L.R. 372 (H.L.).

(c) *Abolition of the Doctrine of Ultra Vires*

The doctrine of *ultra vires* has been abolished by statute for corporations incorporated under the business corporations legislation in most Canadian jurisdictions. The following jurisdictions have statutory provisions reversing the presumption that corporations have limited capacity: Canada (*Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 15(1)), Alberta (*Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, s. 15(1)), British Columbia (*Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 21(1)), Manitoba (*The Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, s. 15(1)), New Brunswick (*Business Corporations Act*, S.N.B.

[TRANSLATION] Lorsqu'une société est constituée par une loi du Parlement, en ce qui concerne les fins de la Loi et seulement en vue de la réalisation de ces fins, je suis d'avis non seulement que les objectifs que la société peut légitimement poursuivre doivent être déterminés à partir de la Loi elle-même, mais aussi que les pouvoirs au moyen desquels la société peut légitimement poursuivre ces objectifs doivent lui être expressément conférés par les dispositions législatives ou pouvoir en être déduits par déduction raisonnable.

Les tribunaux canadiens ont à maintes reprises appliqué le principe selon lequel une société constituée par une loi ne peut accomplir que ce qu'elle est autorisée à faire expressément ou implicitement par la loi qui la constitue. Ce principe a été approuvé par le juge Locke de notre Cour, dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. v. City of Winnipeg*, [1952] 1 R.C.S. 424, à la p. 485. Ce principe a été qualifié de [TRANSLATION] «bien établi» dans l'arrêt *Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada* (1982), 133 D.L.R. (3d) 321 (C.A. Ont.), à la p. 326. Dans la décision *Redlin v. Governors of the University of Alberta* (1979), 23 A.R. 42 (C. dist.), confirmée à l'unanimité en appel, (1980), 23 A.R. 31, le juge Stevenson (maintenant juge de notre Cour) a dit, relativement à ce même principe, qu' [TRANSLATION] «[o]n ne saurait trouver à redire à cette proposition générale» (p. 48). Je renvoie aussi à l'arrêt *Alberta Mortgage and Housing Corp. v. Ciereszko*, [1986] 2 W.W.R. 57 (B.R. Alb.). Ce principe a récemment été confirmé par la Chambre des lords dans l'arrêt *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*, [1991] 2 W.L.R. 372 (H.L.).

c) *Abolition de la théorie de l'ultra vires*

La théorie de l'*ultra vires* a été abolie par voie législative pour les sociétés constituées en vertu des lois sur les sociétés par actions dans la plupart des ressorts canadiens. Les ressorts énumérés ci-après possèdent des dispositions législatives qui renversent la présomption que les sociétés possèdent une capacité juridique restreinte: Canada (*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, par. 15(1)), Alberta (*Business Corporations Act*, S.A. 1981, ch. B-15, par. 15(1)), Colombie-Britannique (*Company Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 59, par. 21(1)), Manitoba (*Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987,

1981, c. B-9.1, s. 13(1)), Newfoundland (*The Corporations Act*, S.N. 1986, c. 12, s. 30(1)), Ontario (*Business Corporations Act*, 1982, S.O. 1982, c. 4, s. 15), Saskatchewan (*The Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10, s. 15(1)), and the Yukon (*Business Corporations Act*, R.S.Y. 1986, c. 15, s. 18(1)). The doctrine of *ultra vires* may still apply in the Northwest Territories, and in Nova Scotia. Prince Edward Island is a letters patent jurisdiction.

In my view, the general abolition of the doctrine of *ultra vires* is in accordance with sound policy and common sense. The original purposes of the doctrine, which were, in the words of the 1967 *Interim Report of the Select Committee on Company Law* (tabled before the Ontario Legislative Assembly, at p. 25) "to protect creditors by ensuring that the company's funds to which creditors must look for payment were not dissipated in unauthorized activities and to protect investors by allowing them to know the objects for which their money was to be used", have been largely frustrated. Subsequent statutory and case law developments have made the doctrine a protection to no one and a trap for the unwary. No less an authority than L. C. B. Gower has recommended, in *Gower's Principles of Modern Company Law* (4th ed. 1979), at p. 179, "total abolition of the *ultra vires* rule in so far as it affects the capacity of companies" and indeed referred favourably to the approach taken by the *Canada Business Corporations Act* in this respect. See Gower, *supra*, at p. 180.

However, in spite of the general trend towards abolition of the doctrine of *ultra vires*, the limited aspects of the doctrine, as seen from the above review, may be present with respect to corporations created by special act for public purposes. Not only is there a long line of cases supporting the principle, but one may argue that this protects the public interest because a company created for a specific purpose by

ch. C225, par. 15(1)), Nouveau-Brunswick (*Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1, par. 13(1)), Terre-Neuve (*The Corporations Act*, S.N. 1986, ch. 12, par. 30(1)), Ontario (*Loi de 1982 sur les sociétés par actions*, L.O. 1982, ch. 4, art. 15), Saskatchewan (*The Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, ch. B-10, par. 15(1)) et le Yukon (*Business Corporations Act*, R.S.Y. 1986, ch. 15, par. 18(1)). La théorie de l'*ultra vires* peut encore s'appliquer dans les territoires du Nord-Ouest et en Nouvelle-Écosse. L'Île-du-Prince-Édouard est une province où la constitution en société se fait par lettres patentes.

À mon avis, l'abolition générale de la théorie de l'*ultra vires* est conforme à une saine politique et au bon sens. Les fins initiales de la théorie qui étaient, pour reprendre les termes utilisés dans le document intitulé 1967 *Interim Report of the Select Committee on Company Law* (déposé devant l'Assemblée législative de l'Ontario, à la p. 25) [TRADUCTION] «d'une part, de protéger les créanciers en assurant que les fonds de la société devant servir à les payer n'étaient pas dissipés dans des activités non autorisées et, d'autre part, de protéger les investisseurs en leur permettant de connaître les objets que leur argent servait à financer», ont été largement contrecarrées. Les développements législatifs et jurisprudentiels subséquents ont fait que cette théorie n'assurait plus la protection de qui que ce soit et constituait un piège pour la personne imprudente. L'auteur bien connu L. C. B. Gower a recommandé, dans *Gower's Principles of Modern Company Law* (4^e éd. 1979), à la p. 179 [TRADUCTION] «l'abolition totale de la règle de l'*ultra vires* dans la mesure où elle a une incidence sur la capacité juridique des sociétés» et s'est montré favorable à la méthode adoptée à cet égard par la *Loi sur les sociétés par actions* du Canada. Voir Gower, *op. cit.*, à la p. 180.

Toutefois, malgré la tendance générale vers l'abolition de la théorie de l'*ultra vires*, ses aspects restreints, qui ressortent de l'analyse qui précède, peuvent s'appliquer aux sociétés constituées par une loi spéciale à des fins publiques. Il existe non seulement un important courant de jurisprudence à l'appui du principe, mais encore il est possible de soutenir que cela protège l'intérêt public puisqu'une société cons-

an act of a legislature ought not to have the power to do things not in furtherance of that purpose. Of course, it is open to the legislature to rebut this presumption because, for example, the legislature may provide for other remedies short of invalidity for acts contrary to the statute. But this takes us to discussing the application of the general principles of law on *ultra vires* to the facts of this case.

B. Application of the Law to the Facts of This Case

The appellant is a statutory corporation, created by *The Communities Economic Development Fund Act*. The appellant was created for a public purpose, namely to encourage economic development in remote and isolated regions of Manitoba. As a statutory corporation created for a public purpose, the appellant has only those powers which are expressly or impliedly granted to it by statute. Acts of the appellant which exceed those powers will be *ultra vires*. The issue is therefore: was the appellant expressly or impliedly granted the power to act outside its statutory objects?

In determining the scope of the appellant's powers, reference must be made not only to *The Communities Economic Development Fund Act*, but also to *The Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225. "Corporation" is defined in s. 1(1) of *The Corporations Act* so as to include the appellant; "articles" is defined in the same section to include the statute by which the appellant was incorporated, that is *The Communities Economic Development Fund Act*. The application of *The Corporations Act* to the appellant is however limited by s. 3(1) of *The Corporations Act*, which provides that some parts, including Part XIX, of *The Corporations Act* (dealing with remedies, offences and penalties) do not apply to a corporation, such as the appellant, created for government purposes.

tituée à une fin précise par une loi du législateur ne devrait pas pouvoir faire des choses qui ne servent pas à réaliser cette fin. Il est loisible, bien entendu, au législateur de réfuter cette présomption puisque, par exemple, il peut prévoir d'autres recours qui ne vont pas jusqu'à invalider les actes contraires à la loi en question. Ceci nous amène, toutefois, à examiner l'application des principes généraux du droit en matière d'*ultra vires* aux faits de l'espèce.

B. Application du droit aux faits de la présente affaire

L'appelant est une société constituée en vertu de la *Loi sur le Fonds de développement économique local*. L'appelant a été constitué à une fin publique, notamment pour favoriser le développement économique des communautés éloignées du Manitoba. En tant que société constituée à une fin publique, par une loi, l'appelant ne possède que les pouvoirs que lui confère expressément ou implicitement la loi qui le constitue. Les actes de l'appelant qui excèdent ces pouvoirs sont *ultra vires*. Il s'agit donc de décider si l'appelant a reçu expressément ou implicitement le pouvoir d'agir au-delà des objets que lui confère sa loi constitutive?

Pour déterminer l'étendue des pouvoirs de l'appelant, il nous faut examiner non seulement la *Loi sur le Fonds de développement économique local*, mais aussi la *Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, ch. C225. Le terme «corporation» est défini au par. 1(1) de la *Loi sur les corporations* de manière à inclure l'appelant; le terme «statuts» est défini dans le même article de manière à comprendre la loi constitutive de l'appelant, soit la *Loi sur le Fonds de développement économique local*. L'application de la *Loi sur les corporations* à l'appelant est toutefois limitée par le par. 3(1) de cette loi, qui prévoit que certaines parties, dont la partie XIX, de la *Loi sur les corporations* (qui porte sur les recours, infractions et peines) ne s'appliquent pas à une corporation, comme l'appelant, créée à des fins gouvernementales.

(1) Section 26(2) of *The Communities Economic Development Fund Act*

On its face, s. 26(2) grants the appellant the capacity and powers of a common law corporation. A common law corporation is a corporation with the powers of a natural person: *Canadian Pacific Railway Co. v. City of Winnipeg* and *Bonanza Creek*, *supra*. The language used in s. 26(2) shows what Viscount Haldane referred to in *Bonanza Creek* as an “intention to confer on the corporation the general capacity which the common law ordinarily attaches to corporations created by charter” (p. 578). I find support for this position not only in the explicit grant of the “general capacity and powers of a common law corporation” to the appellant, but also in the second part of s. 26(2), which provides that no act of the appellant is invalid taken by itself. Section 26(2) is a clear indication of the legislative intention to give the appellant all the powers of a natural person, and to abolish the doctrine of *ultra vires* with respect to the appellant. However, s. 26(2) must be considered together with other sections of the Act, including s. 9(7).

(2) Section 9(7) of *The Communities Economic Development Fund Act*

Section 9(7) prohibits, using mandatory language, the making of loans in contravention of the Act. In my opinion, the section can only be interpreted as evidence of the intention of the legislature to limit the wide grant of powers made in s. 26(2) of the Act. I am bolstered in my conclusion by the fact that the Act provides no sanction or remedy for a loan made in contravention of the Act and in violation of s. 9(7). If section 9(7) were interpreted to mean only that the appellant should not make loans in contravention of the Act, the section would be superfluous: the conclusion that the appellant should not make loans in contravention of the Act follows from the most basic of interpretive law principles. It is a principle of statutory interpretation that every word of a statute must be given meaning: “A construction which would leave without effect any part of the language of a statute will normally be rejected” (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 36).

(1) Le paragraphe 26(2) de la *Loi sur le Fonds de développement économique local*

À première vue, le par. 26(2) confère à l'appellant la capacité et les pouvoirs d'une société de common law. Une société constituée en vertu de la common law possède les pouvoirs d'une personne physique: voir les arrêts *Canadian Pacific Railway Co. v. City of Winnipeg* et *Bonanza Creek*, précités. Les termes utilisés au par. 26(2) indiquent, comme l'a mentionné le vicomte Haldane, dans l'arrêt *Bonanza Creek*, [TRADUCTION] «l'intention de conférer à la société la capacité générale que la common law confère habituellement aux sociétés constituées par une charte» (p. 578). Je considère que cette position est étayée non seulement par l'attribution explicite à l'appellant de la «même capacité générale et des mêmes pouvoirs que les corporations de common law», mais aussi par la seconde partie du par. 26(2) qui prévoit qu'aucun acte de l'appellant n'est invalide en soi. Le paragraphe 26(2) indique clairement que le législateur avait l'intention de conférer à l'appellant tous les pouvoirs d'une personne physique et d'abolir la théorie de l'*ultra vires* à l'égard de l'appellant. Toutefois, ce paragraphe doit être examiné conjointement avec les autres dispositions de la Loi, dont le par. 9(7).

(2) Le paragraphe 9(7) de la *Loi sur le Fonds de développement économique local*

Le paragraphe 9(7) interdit, en des termes impératifs, tout prêt en contravention de la Loi. À mon avis, ce paragraphe ne peut être interprété que comme une preuve que le législateur avait l'intention de limiter les larges pouvoirs conférés au par. 26(2) de la Loi. Ma conclusion est renforcée par le fait que la Loi ne prévoit aucune sanction ni aucun recours dans le cas d'un prêt consenti en contravention de celle-ci et du par. 9(7). Si le paragraphe 9(7) devait être interprété comme signifiant seulement que l'appellant ne devrait pas consentir de prêts en contravention de la Loi, ce paragraphe serait superflu; la conclusion que l'appellant ne devrait pas consentir de prêts en contravention de la Loi découle des principes d'interprétation législative les plus fondamentaux. C'est un principe d'interprétation législative qu'il faut donner un sens à chaque terme d'une loi: [TRADUCTION] «Une interprétation qui laisserait sans effet une partie des termes employés dans une loi sera normalement rejetée»

Accordingly, the prohibition in s. 9(7) of the Act should be interpreted so as to create a limit on the powers of the appellant.

With many Manitoba corporations, the remedial provisions in Part XIX of *The Corporations Act* and in particular the provisions in s. 240 for obtaining a restraining order, would be available for a breach of the constating statute. However, s. 3(1)(b) of *The Corporations Act* provides that Part XIX is inapplicable to the appellant. Hence, not only is no remedy provided within the statutory scheme for a breach of s. 9(7), but the remedy which would otherwise have been available has been expressly removed. I conclude that there is not only no evidence of a legislative intention to rebut the presumption that acts of a company which contravene the constating statute of the company are *ultra vires*, but on the contrary that the evidence indicates that the legislature positively intended that acts of the appellant violating the prohibition in s. 9(7) should be *ultra vires*.

I would also refer for further support for my interpretation of the effect of ss. 9(7) and 26(2) of the Act to the decision of this Court in *Canadian Bank of Commerce v. Cudworth Rural Telephone Co.*, [1923] S.C.R. 618. The respondent in that case had originally been incorporated under *The Rural Telephone Act* of Saskatchewan. It was later incorporated under *The Companies Act* of that province. The respondent was contesting its indebtedness on a promissory note on the grounds that the note was *ultra vires*. *The Rural Telephone Act* explicitly set out the means by which the respondent could raise money. These means did not include issuing promissory notes. However, s. 14(b) of *The Companies Act* of Saskatchewan provided, *inter alia*, that:

Every company . . . shall, . . . unless the contrary intention is expressed in a special Act or ordinance incorporating the company or in a memorandum of association thereof, . . . so far as the capacities of such companies are concerned, have and be deemed to have had the same effect as if the company were or had been incorporated by letters patent under the great seal.

The Supreme Court of Canada held, Idington J. dissenting, that the promissory note was *ultra vires* the

(*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), à la p. 36). En conséquence, l'interdiction prévue au par. 9(7) de la Loi devrait être interprétée comme apportant une restriction aux pouvoirs de l'appellant.

Pour de nombreuses sociétés manitobaines, les recours prévus à la partie XIX de la *Loi sur les corporations*, tout particulièrement l'art. 240 qui permet l'obtention d'une ordonnance, pourraient être invoqués en cas de violation de la loi constitutive. Toutefois, l'al. 3(1)b) de la *Loi sur les corporations* prévoit que la partie XIX ne s'applique pas à l'appellant. En conséquence, non seulement le régime législatif ne prévoit-il pas de recours en cas de violation du par. 9(7), mais le recours qui aurait, par ailleurs, existé a été expressément éliminé. Je conclus que non seulement il n'existe aucune preuve que le législateur avait l'intention de réfuter la présomption que les actes d'une société qui contreviennent à sa loi constitutive sont *ultra vires*, mais au contraire qu'il a clairement voulu que les actes de l'appellant qui ne respectent pas l'interdiction du par. 9(7) soient *ultra vires*.

Je renvoie également, à l'appui de mon interprétation de l'effet des par. 9(7) et 26(2) de la Loi, à l'arrêt de notre Cour *Canadian Bank of Commerce v. Cudworth Rural Telephone Co.*, [1923] R.C.S. 618. Dans cette affaire, l'intimée avait initialement été constituée en vertu de la *Rural Telephone Act* de la Saskatchewan. Elle fut ultérieurement constituée en vertu de la *Companies Act* de cette province. L'intimée contestait sa dette constatée sur billet pour le motif que le billet était *ultra vires*. La *Rural Telephone Act* énonçait explicitement les moyens auxquels l'intimée pouvait recourir pour recueillir des fonds. Ces moyens ne comprenaient pas la signature d'un billet. Toutefois, l'al. 14b) de la *Companies Act* de la Saskatchewan prévoyait notamment que:

[TRADUCTION] Toute société [. . .] doit, [. . .] sauf intention contraire exprimée dans une loi spéciale, une ordonnance ou un acte constitutifs d'une société, en ce qui concerne la capacité de ces sociétés, [. . .] posséder et est réputée posséder la même capacité que si la société était ou avait été constituée par lettres patentes délivrées sous le grand sceau.

La Cour suprême du Canada a statué, le juge Idington étant dissident, que le billet excédait les pouvoirs de

respondent, under both the Saskatchewan *Rural Telephone Act* and *Companies Act*.

I find the reasons of Duff J. particularly helpful. Duff J. first finds that the effect of s. 14 of the Saskatchewan *Companies Act* is to rebut the normal presumption that a corporation created by or under a statute has limited powers. In other words, s. 14 confers on the respondent the general capacity of a common law corporation. He goes on to consider the effect of the provisions in *The Rural Telephone Act* in the context of the grant of the general capacity of a common law corporation by s. 14 of the Saskatchewan *Companies Act*, at pp. 628-29:

The effect, then, of section 14 upon the companies to which it applies is not to abrogate entirely the doctrine of *ultra vires* but to establish a rule of construction which in effect is that such companies are to be deemed to have the capacities of a common law corporation, subject to such restrictions as the legislature has evidenced an intention of imposing upon it. In declaring in section 14 that the companies referred to are to have the capacities of a common law corporation, the legislature cannot be supposed to have intended to abrogate the restrictions and prohibitions which the legislature itself has shewn an intention to impose upon such companies. A company created by charter . . . is necessarily subject to the restrictions imposed upon it by the legislature, and where the enactment imposing such restrictions evinces an intention that a given transaction shall not be entered into, then any attempt on the part of the company to enter into such a transaction must be inoperative in law. [Emphasis added.]

In the case at bar, the Act by s. 26(2) gives the Fund the attributes of a company created by charter, but the Act, by s. 9(7), clearly evinces an intention that a given transaction, namely a loan contrary to the Act, shall not be entered into.

(3) Section 7(c) of *The Communities Economic Development Fund Act*

Section 7(c) of the Act allows the Fund to exercise the "powers" set out in Part III of *The Corporations Act* which is entitled, "CAPACITY AND POWERS". The present provisions in Part III have the effect of statu-

l'intimée tant en vertu de la *Rural Telephone Act* que de la *Companies Act* de la Saskatchewan.

Je trouve les motifs du juge Duff particulièrement utiles. Le juge Duff précise tout d'abord que l'art. 14 de la *Companies Act* de la Saskatchewan a pour effet de réfuter la présomption normale qu'une société constituée par une loi ou en vertu d'une loi possède des pouvoirs restreints. En d'autres termes, l'art. 14 confère à l'intimée la capacité générale d'une société constituée en vertu de la common law. Il analyse ensuite l'incidence des dispositions de la *Rural Telephone Act* dans le contexte de l'attribution de cette capacité générale d'une société de common law par l'art. 14 de la *Companies Act* de la Saskatchewan, aux pp. 628 et 629:

[TRADUCTION] En conséquence, l'effet de l'art. 14 sur les sociétés qu'il vise n'est pas d'abroger entièrement la théorie de l'*ultra vires*, mais d'établir une règle d'interprétation suivant laquelle ces sociétés sont réputées posséder la capacité d'une société constituée en vertu de la common law, sous réserve des restrictions que le législateur a exprimé l'intention d'imposer. On ne peut supposer qu'en déclarant, à l'art. 14, que les sociétés y mentionnées possèdent la capacité d'une société constituée en vertu de la common law, le législateur a voulu abroger les restrictions et les interdictions qu'il a lui-même exprimé l'intention d'imposer à ces sociétés. Une société constituée par une charte [...] est nécessairement assujettie aux restrictions que lui impose le législateur et, dans le cas où le texte de loi qui impose ces restrictions exprime l'intention qu'une opération donnée ne puisse être conclue, alors toute tentative de la part de la société de conclure cette opération doit être inopérante en droit. [Je souligne.]

En l'espèce, le par. 26(2) de la Loi accorde au Fonds les attributs d'une société constituée par une charte; toutefois, le par. 9(7) de la Loi exprime clairement l'intention qu'une opération donnée ne puisse être conclue, notamment un prêt consenti en contravention de la Loi.

(3) L'alinéa 7c) de la *Loi sur le Fonds de développement économique local*

L'alinéa 7c) de la Loi permet au Fonds d'exercer les «pouvoirs» prévus à la partie III de la *Loi sur les corporations*, laquelle s'intitule «CAPACITÉ ET POUVOIRS». Les dispositions actuelles de la partie III ont

torily abolishing the *ultra vires* doctrine with respect to corporations covered by *The Corporations Act*. In interpreting s. 7(c) of the Act it is helpful to refer to the legislative history of Part III of *The Corporations Act*. Previous versions of Part III, enacted under *The Companies Act*, R.S.M. 1970, c. C160, granted a wide range of incidental and ancillary powers to incorporated companies, as did many other companies' acts of the period.

The Act was first enacted in 1971, as *The Communities Economic Development Fund Act*, S.M. 1971, c. 84. At that time, Manitoba companies were incorporated by letters patent under *The Companies Act*. The provision now found in s. 7(c) of the Act was then found in s. 9(c) of the 1971 Act. Section 9(c) provided that: "The fund may . . . generally exercise the powers set out in subsection (1) of section 26 of *The Companies Act*." Section 26(1) of *The Companies Act* gave a company the power "as incidental and ancillary to the objects set out in its charter" to perform a wide range of acts. The necessary link between these acts and the objects of the company is emphasized by the wording of the residual clause in s. 26(1)(cc), which provided that a company might "do all such other things as are incidental or conducive to the attainment of the objects and the exercise of the powers of the company."

In 1976, *The Companies Act* was repealed, and the present *Corporations Act* was enacted as S.M. 1976, c. 40. Two years later, changes to the 1971 *Communities Economic Development Fund Act* made necessary by the introduction of the 1976 *Corporations Act* were introduced in *The Statute Law Amendment Act (1978)*, S.M. 1978, c. 49. The necessary change to s. 9(c) of the 1971 *Communities Economic Development Fund Act* was made by s. 18(2) of *The Statute Law Amendment Act (1978)*:

18(2) Clause 9(c) of the Act is amended by striking out the words and figures "subsection (1) of section 26 of *The Companies Act*" thereof and substituting therefor the words and figures "Part III of *The Corporations Act*".

pour effet d'abolir par voie législative la théorie de l'*ultra vires* à l'égard des sociétés visées par la *Loi sur les corporations*. En interprétant l'al. 7c) de la Loi, il est utile de faire l'historique législatif de la partie III de la *Loi sur les corporations*. Les versions antérieures de la partie III, adoptées en vertu de la *Companies Act*, R.S.M. 1970, ch. C160, accordaient une vaste gamme de pouvoirs incidents et accessoires aux sociétés constituées, à l'instar de nombreuses autres lois sur les sociétés de l'époque.

La Loi fut d'abord adoptée en 1971, sous le nom de la *Communities Economic Development Fund Act*, S.M. 1971, ch. 84. À cette époque, les sociétés du Manitoba étaient constituées par lettres patentes en vertu de la *Companies Act*. La disposition équivalente de l'al. 7c) actuel était l'al. 9c) de la Loi de 1971. L'alinéa 9c) disposait que [TRADUCTION] «Le Fonds peut [. . .] d'une façon générale, exercer les pouvoirs prévus au paragraphe 26(1) de la *Companies Act*». Le paragraphe 26(1) de la *Companies Act* accordait à une société le pouvoir, [TRADUCTION] «incident et accessoire aux objets prévus dans sa charte», d'accomplir toute une gamme d'actes. Le lien devant nécessairement exister entre ces actes et les objets de la société ressort clairement du texte de la clause résiduelle de l'al. 26(1)cc), qui prévoyait qu'une société pourrait [TRADUCTION] «accomplir tout autre acte qui est incident ou qui contribue à la réalisation des objets et à l'exercice des pouvoirs de la société».

En 1976, la *Companies Act* a été abrogée et l'actuelle *Loi sur les corporations* a été adoptée à S.M. 1976, ch. 40. Deux ans plus tard, les modifications de la *Communities Economic Development Fund Act* de 1971, rendues nécessaires par le dépôt de la *Loi sur les corporations* de 1976, ont été présentées dans la *Statute Law Amendment Act (1978)*, S.M. 1978, ch. 49. La modification requise de l'al. 9c) de la *Communities Economic Development Fund Act* de 1971 figurait au par. 18(2) de la *Statute Law Amendment Act (1978)*:

[TRADUCTION] 18(2) L'alinéa 9c) de la Loi est modifié par la suppression des termes «paragraphe 26(1) de la *Companies Act*» et leur remplacement par les termes «partie III de la *Corporations Act*».

In my opinion, the legislative history of s. 7(c) of the Act, when interpreted in conjunction with the legislative history of Part III of *The Corporations Act*, indicates that s. 7(c) of the Act is intended only to give the appellant the incidental and ancillary powers necessary to further its statutory objects.

However, there remains the question of s. 16(3) of Part III of *The Corporations Act*. Like similar provisions in other corporations acts, s. 16(3) provides that no act of a corporation is invalid only because the act is contrary to its articles or to *The Corporations Act*. However, s. 16(3) of *The Corporations Act* must be read together with s. 3(1)(b) of *The Corporations Act*, and ss. 9(7) and 26(5) of *The Communities Economic Development Fund Act*. In my view, s. 16(3) of *The Corporations Act* is part of a legislative scheme to abolish the doctrine of *ultra vires*. The remedial provisions in Part XIX of *The Corporations Act* are an integral part of that scheme. The abolition of the doctrine of *ultra vires* goes together with the creation of new statutory remedies. The fact that Part XIX is expressly made inapplicable to the Fund by s. 3(1)(b) of *The Corporations Act* is an indication of a legislative intention to retain the doctrine of *ultra vires* for the Fund, with respect to loans that contravene the Act.

I find support for this conclusion in the legislative history of s. 7(c) of the Act, which indicates a legislative intention to give the Fund only powers necessarily incidental to its objects. Furthermore, I think that s. 9(7) of the Act clearly indicates a legislative intention to prohibit actions by the Fund beyond its powers. In addition, if there is any conflict between s. 9(7) of the Act and s. 16(3) of *The Corporations Act*, it must be resolved in favour of s. 9(7) of the Act, because s. 26(5) of the Act provides that where there is a conflict between the Act and *The Corporations Act*, the Act prevails.

(4) Conclusion

I would conclude that loans made by the appellant in contravention of s. 9(7) of the Act are *ultra vires*. The loan to Canadian Pickles is *ultra vires* the appel-

À mon avis, l'historique législatif de l'al. 7c) de la Loi, si on l'interprète conjointement avec celui de la partie III de la *Loi sur les corporations*, indique que l'al. 7c) de la Loi vise seulement à accorder à l'appelant les pouvoirs incidents et accessoires qui lui permettront de réaliser ses objets légaux.

Toutefois, il reste la question du par. 16(3) de la partie III de la *Loi sur les corporations*. À l'instar des dispositions similaires dans d'autres lois sur les sociétés, le par. 16(3) dispose que les actes de la corporation ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à ses statuts ou à la *Loi sur les corporations*. Toutefois, ce paragraphe doit être lu conjointement avec l'al. 3(1)b) de la *Loi sur les corporations* et les par. 9(7) et 26(5) de la *Loi sur le Fonds de développement économique local*. À mon avis, le par. 16(3) de la *Loi sur les corporations* fait partie d'un régime législatif destiné à abolir la théorie de l'*ultra vires*. Les recours prévus à la partie XIX de la *Loi sur les corporations* font partie intégrante de ce régime. L'abolition de la théorie de l'*ultra vires* va de pair avec la création de nouveaux recours légaux. Le fait que l'al. 3(1)b) de la *Loi sur les corporations* rend expressément inapplicable au Fonds la partie XIX constitue une indication que le législateur avait l'intention de maintenir l'application de la théorie de l'*ultra vires* au Fonds, dans le cas de prêts qu'il consentirait en contravention de la Loi.

Ma conclusion est appuyée par l'historique législatif de l'al. 7c) de la Loi, qui indique que le législateur avait l'intention de n'accorder au Fonds que les pouvoirs nécessairement incidents à la réalisation de ses objets. J'estime, en outre, que le par. 9(7) de la Loi indique clairement que le législateur avait l'intention d'interdire les actes excédant les pouvoirs du Fonds. En outre, tout conflit qui peut exister entre le par. 9(7) de la Loi et le par. 16(3) de la *Loi sur les corporations* doit être tranché en faveur du par. 9(7) de la Loi, parce que le par. 26(5) de la Loi dispose qu'en cas de conflit entre la Loi et la *Loi sur les corporations*, c'est la Loi qui l'emporte.

(4) Conclusion

Je suis d'avis de conclure que les prêts consentis par l'appelant en contravention du par. 9(7) de la Loi sont *ultra vires*. Le prêt consenti à Canadian Pickles

lant because it was made in contravention of s. 9(7) of the Act.

excède les pouvoirs de l'appelant du fait qu'il a été consenti en contravention du par. 9(7) de la Loi.

VI. Is the Respondent Liable to Repay the Loan as Guarantor?

VI. L'intimé est-il tenu de rembourser le prêt à titre de caution?

It is the contention of the appellant that the decision of the Alberta Court of Appeal in *Meadow Rue, supra*, was a correct application of *Breckenridge, supra*. Where the principal debt is *ultra vires* the lender, the appellant submitted, the guarantor should nonetheless be liable to repay the loan. In my respectful opinion, the court in *Meadow Rue* misapplied *Breckenridge* in that it did not distinguish the borrower's obligations to the lender from the guarantor's obligations to the lender. However, before turning to the circumstances of this case, it will be useful to make some general comments about the nature of a guarantee, and about the decision of this Court in *Breckenridge*.

L'appelant prétend que l'arrêt *Meadow Rue*, précité, de la Cour d'appel de l'Alberta constitue une application correcte de l'arrêt *Breckenridge*, précité. L'appelant fait valoir que, même si la créance principale excède les pouvoirs du prêteur, la caution devrait être néanmoins tenue de rembourser le prêt. En toute déférence, j'estime que la cour a, dans l'arrêt *Meadow Rue*, mal appliqué l'arrêt *Breckenridge* en ne distinguant pas les obligations de l'emprunteur envers le prêteur de celles de la caution envers le prêteur. Toutefois, avant d'examiner les circonstances de la présente affaire, il sera utile de formuler certaines observations générales sur la nature des cautionnements et l'arrêt *Breckenridge* de notre Cour.

A. *The Nature of a Guarantee*

A. *La nature des cautionnements*

A guarantee is generally a contract between a guarantor and a lender. The subject of the guarantee is a debt owed to the lender by a debtor. In the contract of guarantee, the guarantor agrees to repay the lender if the debtor defaults. The exact nature of the obligation owed by the guarantor to the lender depends on the construction of the contract of guarantee, but the liability of the guarantor is usually made coterminous with that of the principal debtor. Generally speaking, if the principal debt is void or unenforceable, the contract of guarantee will likewise be void or unenforceable. See generally, J. O'Donovan and J. C. Phillips, *The Modern Contract of Guarantee* (1985), at pp. 183-93.

Un cautionnement est généralement un contrat entre une caution et un prêteur. L'objet du cautionnement est une créance due au prêteur par un débiteur. Dans le contrat de cautionnement, la caution consent à rembourser le prêteur en cas de non-paiement par le débiteur. La nature exacte de l'obligation de la caution envers le prêteur dépend de l'interprétation du contrat de cautionnement; toutefois, la responsabilité de la caution coïncide habituellement avec celle du débiteur principal. En général, si la créance principale est nulle ou inexigible, le contrat de cautionnement sera de même nul ou inexécutable. Voir, de manière générale, J. O'Donovan et J. C. Phillips, *The Modern Contract of Guarantee* (1985), aux pp. 183 à 193.

Contracts of guarantee are sometimes distinguished from contracts of indemnity. In a contract of indemnity, the indemnifier assumes a primary obligation to repay the debt, and is liable regardless of the liability of the principal debtor. An indemnifier will accordingly be liable even if the principal debt is void or otherwise unenforceable. The distinction between contracts of guarantee and of indemnity ought not to be overemphasized. The resolution of a given case will turn on the correct interpretation of

On distingue parfois les contrats de cautionnement des contrats d'indemnisation. Dans un contrat d'indemnisation, celui qui est tenu de verser l'indemnité s'engage principalement à rembourser la créance et il est tenu de le faire quelle que soit la responsabilité du débiteur principal. Cette personne sera en conséquence responsable même si la créance principale est nulle ou, par ailleurs, inexigible. Il ne faut pas attacher trop d'importance à cette distinction entre les contrats de cautionnement et les contrats d'indemni-

the contract and of the intention of the parties; attempts to label the contract as one of guarantee or of indemnity may be less than helpful. In *Yeoman Credit, Ltd. v. Latter*, [1961] 2 All E.R. 294 (C.A.), at p. 299, Harman L.J. had this to say about the distinction: “[i]t seems to me a most barren controversy [which] has raised many hair-splitting distinctions of exactly that kind which brings the law into hatred, ridicule and contempt by the public”.

B. *The Principle in Breckenridge*

In *Breckenridge, supra*, the Treasurer of Alberta agreed to lend money to the plaintiffs. The plaintiffs had transferred certain interests in real property to the Treasurer as security for the loan. The plaintiffs sought rescission of the entire agreement. The Treasurer counterclaimed for the money owing, and the plaintiffs defended the counterclaim on the grounds that the loan was *ultra vires* the Treasurer. Writing for the majority, Martland J. found that regardless of whether or not the loan was *ultra vires*, the plaintiffs could have no answer to an action for money had and received. The plaintiffs had a legal obligation to repay the funds they had received.

On the question of the security held by the Treasurer, he held that property in the security had passed to the Treasurer. Martland J. held that property had passed not only because there were no other creditors, but also because the security had been given as part of an arrangement by which the plaintiffs sought to discharge their lawful obligation to make restitution of the money they had borrowed.

The question of the liability of a guarantor of an *ultra vires* loan did not arise in *Breckenridge*.

La solution d’une affaire donnée dépendra de l’interprétation juste du contrat et de l’intention des parties; les tentatives de qualifier le contrat de contrat de cautionnement ou de contrat d’indemnisation peuvent s’avérer moins qu’utiles. Dans l’arrêt *Yeoman Credit, Ltd. v. Latter*, [1961] 2 All E.R. 294 (C.A.), à la p. 299, le lord juge Harman a dit ceci au sujet de cette distinction: [TRADUCTION] «[i]l me semble qu’il s’agit là d’une controverse fort stérile [qui] est à la source de nombreuses distinctions alambiquées précisément de la nature de celles qui font que la loi en vient à être détestée, ridiculisée et méprisée par le public».

B. *Le principe de l’arrêt Breckenridge*

Dans l’arrêt *Breckenridge*, précité, le trésorier de l’Alberta avait accepté de prêter de l’argent aux demandeurs. Ces derniers avaient cédé au Trésorier certaines propriétés, en garantie du remboursement du prêt. Les demandeurs ont sollicité la résiliation de tout le contrat. Par demande reconventionnelle, le Trésorier a réclamé le paiement des sommes dues et les demandeurs ont opposé, comme défense à cette demande reconventionnelle, que le prêt excédait les pouvoirs du Trésorier. S’exprimant au nom de la Cour à la majorité, le juge Martland a statué que peu importe que le prêt ait été ou non *ultra vires*, les demandeurs ne pouvaient avoir de défense à opposer à l’action en recouvrement des sommes reçues. Les demandeurs étaient tenus en droit de rembourser les sommes qu’ils avaient reçues.

Relativement à la question de la garantie détenue par le Trésorier, le juge Martland a statué que le droit de propriété avait été transporté au Trésorier non seulement parce qu’il n’existait pas d’autres créanciers, mais encore parce que la garantie faisait partie d’une convention aux termes de laquelle les demandeurs cherchaient à s’acquitter de leur obligation légale de rembourser les sommes qu’ils avaient empruntées.

La question de savoir si une caution est tenue de rembourser un prêt *ultra vires* ne s’est pas posée dans l’arrêt *Breckenridge*.

C. *Application of the Law to the Facts of This Case*

There are two questions to be answered here. First, is the respondent liable on the basis of the principles in *Breckenridge*? Second, even if *Breckenridge* does not apply, is the respondent nonetheless liable by the terms of the contract of guarantee?

I cannot accept the appellant's argument that the respondent is liable on the basis of *Breckenridge*. Rather, I accept the reasons on this point of the majority of the Court of Appeal below. In *Breckenridge*, the principal debtor was obliged to repay money had and received from the lender, even though the principal debt was a nullity. In this case, the respondent received no money from the lender, and consequently the respondent cannot be liable on the basis of money had and received.

With respect, I must disagree with the position of the Alberta Court of Appeal in *Meadow Rue*, *supra*, at p. 295, that the rule in *Breckenridge* is "a simple example of equity in action" that applies to the guarantor of a loan. The essence of an action for moneys had and received is that the defendant has actually received the money sued for; where the defendant has received no money the action does not lie. See G. B. Klippert, *Unjust Enrichment* (1983), at pp. 5-7; Lord Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (3rd ed. 1986), at pp. 3-5. I would add that an action for moneys had and received does not lie in equity: Klippert, *supra*, at pp. 13-19.

The appellant also argued that the respondent's guarantee was a security, and that property in the security should accordingly pass to the appellant, again following *Breckenridge*. This argument is without merit. Even accepting the dubious proposition that a guarantee is the equivalent of real property to which the lender has acquired title, the respondent's guarantee was not given to discharge a lawful obligation owed by the respondent to the appellant. The

C. *Application du droit aux faits de la présente affaire*

Il nous faut ici répondre à deux questions. Premièrement, l'intimé est-il tenu de rembourser le prêt selon les principes énoncés dans l'arrêt *Breckenridge*? Deuxièmement, même si l'arrêt *Breckenridge* ne s'applique pas, l'intimé est-il néanmoins tenu de rembourser le prêt en vertu des dispositions du contrat de cautionnement?

Je ne puis accepter l'argument de l'appellant que l'intimé est tenu de rembourser le prêt selon l'arrêt *Breckenridge*. Sur ce point, j'accepte plutôt les motifs exprimés par la Cour d'appel, à la majorité. Dans l'arrêt *Breckenridge*, le débiteur principal était tenu de rembourser les sommes reçues du prêteur, même si la créance principale était nulle. En l'espèce, l'intimé n'a pas reçu d'argent du prêteur et, en conséquence, il ne saurait être tenu de rembourser des sommes qu'il n'a pas reçues.

En toute déférence, je dois inscrire mon désaccord d'avec la position, exprimée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Meadow Rue*, précité, à la p. 295, selon laquelle la règle dans l'arrêt *Breckenridge* constitue [TRADUCTION] «un simple exemple de l'application de l'*equity*» à l'égard de la caution d'un prêt. La condition essentielle d'une action en recouvrement des sommes reçus est que le défendeur ait véritablement reçu les sommes réclamées en justice; si le défendeur n'a pas reçu d'argent, l'action n'est pas recevable. Voir G. B. Klippert, *Unjust Enrichment* (1983), aux pp. 5 à 7, Lord Goff et G. Jones, *The Law of Restitution* (3^e éd. 1986), aux pp. 3 à 5. J'ajouterais également qu'il n'y a pas lieu en *equity* d'intenter une action en recouvrement des sommes reçues: Klippert, *op. cit.*, aux pp. 13 à 19.

L'appellant allègue aussi, en se fondant encore une fois sur l'arrêt *Breckenridge*, que le cautionnement de l'intimé était une garantie et que le droit de propriété constituant la sûreté devrait en conséquence être transporté à l'appellant. Cet argument n'est pas fondé. Même en acceptant la proposition équivoque qu'un cautionnement est l'équivalent d'un bien immobilier dont le prêteur a acquis le titre de propriété, le cautionnement de l'intimé n'a pas été donné en exécu-

lawful obligation was owed to the appellant by Canadian Pickles, not by the respondent.

The question which remains is whether, on the correct interpretation of the contract, the respondent is liable to repay the loan made by the appellant to Canadian Pickles. The relevant part of the contract is clause “(b)”:

(b) That as between the Fund and the Guarantors, the Guarantors are and shall continue to be jointly and severally liable as principal debtors under all the covenants contained in the Security, notwithstanding the bankruptcy, insolvency or going into liquidation of the Borrower, voluntarily or otherwise, and notwithstanding any transaction which may take place between the Fund and Borrower or any neglect or default of the Fund which may otherwise operate as a discharge, whether partial or absolute, of the Guarantors if they were sureties only of the Borrower and, without restricting the generality of the foregoing, notwithstanding the releasing in whole or in part of the properties and assets mortgaged or charged in the Security, and notwithstanding the granting of time or other indulgences to the Borrower;

As a preliminary matter, there was, in my opinion, a valid contract between the respondent and the appellant. The validity of the contract was not questioned by the respondent. On the face of the contract, there was the necessary consideration:

... in consideration of the advance to the Borrower by the Fund of the said sum of ONE HUNDRED FIFTY THOUSAND DOLLARS (\$150,000.00), or such portion thereof as may be advanced or re-advanced, (hereinafter called the “Principal Sum”) and in consideration of the sum of ONE DOLLAR (\$1.00) now paid by the Fund to each of the Guarantors, the receipt and sufficiency whereof is hereby acknowledged, the Guarantors do joint and severally COVENANT, PROMISE AND AGREE ...

It was the appellant’s argument that the contract makes the respondent a principal debtor, regardless of the status of the obligation owed by Canadian Pickles to the appellant. In making this argument, the appellant relied principally on two phrases from clause “(b)”. The phrases are “the Guarantors are and shall continue to be jointly and severally liable as principal debtors”, and “which may otherwise oper-

tion d’une obligation légale de l’intimé envers l’appellant. C’est Canadian Pickles, et non l’intimé, qui avait une obligation légale envers l’appellant.

Il reste à savoir si, en se fondant sur l’interprétation juste du contrat, l’intimé est tenu de rembourser le prêt consenti par l’appellant à Canadian Pickles. La partie pertinente du contrat est la clause «(b)»:

[TRADUCTION] b) En ce qui concerne le Fonds et les cautions, les cautions sont et continueront d’être conjointement et solidairement responsables à titre de débiteurs principaux en vertu de tous les engagements contenus dans la garantie, nonobstant la faillite, l’insolvabilité ou la liquidation de l’emprunteur, volontairement ou non, et nonobstant toute opération susceptible d’être conclue entre le Fonds et l’emprunteur ou toute négligence ou défaut du Fonds qui peut, par ailleurs, donner lieu à une libération, partielle ou absolue, des cautions si elles étaient seulement les cautions de l’emprunteur et, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, nonobstant la libération totale ou partielle des propriétés et des biens hypothéqués ou grevés par la garantie, et nonobstant les délais ou autres faveurs consentis à l’emprunteur;

À titre préliminaire, j’estime qu’un contrat valide liait l’intimé à l’appellant. L’intimé n’a pas contesté la validité du contrat. À la lecture du contrat, il existait la contrepartie nécessaire:

[TRADUCTION] ... en contrepartie de l’avance à l’emprunteur par le Fonds de ladite somme de CENT CINQUANTE MILLE DOLLARS (150 000 \$), ou de toute partie de cette somme susceptible d’être avancée ou avancée de nouveau, (ci-après «le principal») et en contrepartie de la somme de UN DOLLAR (1 \$) versée par le Fonds à chacune des cautions, dont la réception et le caractère suffisant sont ici reconnus, les cautions conjointement et solidairement CONVIENNENT ...

L’appellant prétend que le contrat fait de l’intimé un débiteur principal, quelle que soit l’obligation de Canadian Pickles envers l’appellant. En avançant cet argument, l’appellant se fonde principalement sur deux passages de la clause «(b)», savoir [TRADUCTION] «les cautions sont et continueront d’être conjointement et solidairement responsables à titre de débiteurs principaux» et «qui peut, par ailleurs, donner

ate as a discharge, whether partial or absolute, of the Guarantors if they were sureties only of the Borrower”.

Taking the two phrases in turn, I find that the plain meaning of the first phrase read in the context of the entire clause is that the guarantors, including the respondent, will be liable as principal debtors only in the enumerated circumstances. I cannot see that the listed circumstances include the invalidity of the principal debt. A similar clause was at issue in *General Produce v. United Bank*, [1979] 2 Lloyd’s Rep. 255 (Q.B. (Com. Ct.)). In that case, Lloyd J. concluded that the effect of a clause providing that the guarantor’s liability would continue in spite of the release of the principal’s debtor’s liability by operation of law was that the creditor could treat the guarantor as a principal debtor only in the specified situation. Likewise, in *Heald v. O’Connor*, [1971] 1 W.L.R. 497 (Q.B.D.), Fisher J. interpreted a clause making the guarantor “a primary obligor” in light of the entire agreement and concluded that it did not convert what was really a guarantee into an indemnity.

The second phrase which the appellant argued takes the appellant’s case no further. The phrase only provides added support for the interpretation just articulated: the guarantors are liable as principal debtors only in the circumstances enumerated.

I would conclude that the correct interpretation of the contract is that the respondent is not liable to repay the money advanced in the event the principal debt is *ultra vires*. It was open to the appellant to insist upon a contract with the respondent that would have made the respondent liable in the circumstances of the case at bar. As the appellant did not do so, its claim must fail.

VII. Recent Amendments to The Communities Economic Development Fund Act

After the hearing of this appeal, it came to the attention of the Court that several amendments to the Act were recently passed which materially altered many of the provisions discussed above. One amend-

lieu à une libération, partielle ou absolue, des cautions si elles étaient seulement les cautions de l’emprunteur».

Examinateur ces deux passages à tour de rôle, je conclus que le sens clair du premier passage lu dans le contexte de toute la clause est que les cautions, y compris l’intimé, seront responsables en tant que débiteurs principaux seulement dans les circonstances énumérées. Je constate que les circonstances énumérées ne comprennent pas le cas où la créance principale n’est pas valide. Une clause semblable était en cause dans l’arrêt *General Produce v. United Bank*, [1979] 2 Lloyd’s Rep. 255 (Q.B. (Com. Ct.)). Dans cette affaire, le juge Lloyd a conclu que l’effet d’une clause prévoyant que la caution continuait d’être responsable en dépit de la libération du débiteur principal par l’application de la loi, était que le créancier pouvait considérer la caution comme un débiteur principal seulement dans le cas en question. De même, dans l’arrêt *Heald v. O’Connor*, [1971] 1 W.L.R. 497 (Q.B.D.), le juge Fisher a interprété une clause qui rendait la caution «débiteur principal» dans le contexte de tout le contrat et a conclu qu’elle ne transformait pas en indemnité ce qui constituait réellement un cautionnement.

Le deuxième passage invoqué par l’appelant ne présente pas plus d’intérêt. Il ne fait qu’étayer davantage l’interprétation que je viens d’énoncer: les cautions sont responsables en tant que débiteurs principaux seulement dans les circonstances énumérées.

Je suis d’avis de conclure que l’interprétation juste du contrat est que l’intimé n’est pas tenu de rembourser l’avance consentie si la créance principale est *ultra vires*. Il était loisible à l’appelant d’insister pour conclure avec l’intimé un contrat qui aurait rendu ce dernier responsable dans les circonstances de l’espèce. Comme l’appelant ne l’a pas fait, sa réclamation échoue.

VII. Modifications récentes de la Loi sur le Fonds de développement économique local

Après l’audition du présent pourvoi, la Cour a appris que la Loi avait subi récemment plusieurs modifications qui ont touché sensiblement un bon nombre des dispositions analysées plus haut. L’une

ment, which appears in *The Statute Law Amendment Act, 1990-91*, S.M. 1990-91, c. 12, s. 3, amends the Act to add a new s. 26(6) which provides, *inter alia*, that no loan, guarantee or financial assistance granted by the Fund before the coming into force of the new subsection is invalid or unenforceable by reason only that the recipient economic enterprise is not located in a remote and isolated community. This amendment came into force on December 14, 1990, some six months before the appeal was argued on June 3, 1991. In addition, a series of amendments to the Act were made by *The Communities Economic Development Fund Amendment Act*, S.M. 1991-92, c. 38. This amending statute, *inter alia*, deletes the definition of "remote and isolated communities" in the Act, amends s. 9(7) referred to above, and significantly amends the newly added s. 26(6) and expressly makes this amendment retroactive to December 14, 1990. This latter group of amendments was introduced on May 27, 1991 and given Royal Assent on July 26, 1991.

On October 18, 1991, the Court, through the Registrar, formally asked for the views of the parties as to the effect of the legislative amendments on the issues in the appeal and why the amendments were not put before the Court during argument. In their respective replies, counsel for the parties agree, in essence, that the amendments do not affect the issues before the Court because the amendments do not specifically address pending litigation. Counsel pointed to s. 9 of *The Interpretation Act*, R.S.M. 1987, c. 180; see also *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, *Garnham v. Tessier* (1959), 27 W.W.R. 682 (Man. C.A.), and *Penner v. Hutlet* (1984), 33 Man. R. (2d) 168 (Q.B.); see also *Manufacturers Life Insurance Co. v. Hauser*, [1945] 3 W.W.R. 740 (Alta. S.C.), and *Minchau v. Busse*, [1940] 2 D.L.R. 282 (S.C.C.). Counsel also candidly admitted they were unaware of the legislative changes when the appeal was argued. Accordingly, as the parties agree that the recently made

de ces modifications, qui figure dans la *Loi de 1990-1991 modifiant diverses dispositions législatives*, L.M. 1990-91, ch. 12, art. 3, vient ajouter à la Loi un nouveau par. 26(6) qui prévoit notamment que l'aide financière, y compris les prêts ou les garanties, que le Fonds accorde avant l'entrée en vigueur de ce nouveau paragraphe sont valides et exécutoires même si l'entreprise économique n'est pas située dans une communauté éloignée. Cette modification est entrée en vigueur le 14 décembre 1990, environ six mois avant l'audition du pourvoi le 3 juin 1991. De surcroît, la Loi a subi une série de modifications par suite de l'adoption de la *Loi modifiant la Loi sur le Fonds de développement économique local*, L.M. 1991-92, ch. 38. Cette loi modificatrice supprime notamment la définition de «communautés éloignées» que contenait la Loi, modifie le par. 9(7) susmentionné et remanie sensiblement le par. 26(6) récemment ajouté, tout en précisant que cette modification s'applique à compter du 14 décembre 1990. Cette dernière série de modifications a été déposée le 27 mai 1991 et a reçu la sanction royale le 26 juillet 1991.

Le 18 octobre 1991, la Cour, par l'intermédiaire du Registraire, a officiellement demandé aux parties d'exprimer leur point de vue sur l'effet de ces modifications législatives sur les questions soulevées dans le présent pourvoi et d'expliquer pourquoi on n'a pas fait état à la Cour de ces modifications pendant les plaidoiries. Dans leurs réponses respectives, les avocats des parties ont convenu essentiellement que les modifications n'influent pas sur les questions dont la Cour a été saisie puisqu'elles ne visent pas expressément les instances pendantes. Les avocats ont attiré notre attention sur l'art. 9 de la *Loi d'interprétation*, L.R.M. 1987, ch. 180; voir aussi *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413, *Garnham v. Tessier* (1959), 27 W.W.R. 682 (C.A. Man.), et *Penner v. Hutlet* (1984), 33 Man. R. (2d) 168 (B.R.); voir également *Manufacturers Life Insurance Co. v. Hauser*, [1945] 3 W.W.R. 740 (C.S. Alb.), et *Minchau v. Busse*, [1940] 2 D.L.R. 282 (C.S.C.). Les avocats ont également reconnu, en toute franchise, qu'ils n'étaient pas au courant de ces modifications législatives au moment où le pourvoi a été entendu. En conséquence, comme les parties sont d'accord pour dire que les modifications récentes n'influent pas sur l'is-

amendments do not affect the outcome of this appeal, they need not under the circumstances be considered further.

VIII. Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McJannet Rich, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Sidney Green, Winnipeg.

sue du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire, dans ces circonstances, de s'y attarder davantage.

a VIII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

b *Pourvoi rejeté avec dépens.*

Procureurs de l'appelant: McJannet Rich, Winnipeg.

c *Procureur de l'intimé: Sidney Green, Winnipeg.*



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1991 Vol. 3

4^e cahier, 1991 Vol. 3

Cited as [1991] 3 S.C.R. 421-591

Renvoi [1991] 3 R.C.S. 421-591

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Supreme Court of Canada are reminded of the requirements of Rule 37 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, which reads, in part, as follows:

37. (1) The factum shall consist of five parts as follows:

Part I—In the appellant's factum, this part shall be a concise statement of the facts. In the respondent's factum, this part shall be a concise statement of his position with respect to the appellant's statement of facts, including a concise statement of such other facts as he considers relevant.

Part II—In the appellant's factum, this part shall contain a concise statement of the points in issue in the appeal. In the respondent's factum, this part shall contain a statement of his position in regard to the appellant's points which the respondent wishes to put in issue.

Part III—A statement of the argument setting out briefly and concisely the points of law or fact to be discussed, with a particular reference to the page and line of the case and the authorities relied upon in support of each point. When a statute, regulation, rule, ordinance or by-law is cited, or relied on, so much thereof, as may be necessary to the determination of the appeal, shall be printed as an appendix to the factum or ten copies of such statute, regulation, rule, ordinance or by-law may be filed for the use of the Court.

Part IV—A brief and concise statement stating the nature of the order that the party desires the Court to make, including any special disposition with regard to costs

(2.1) Unless otherwise ordered by a judge or the Registrar, Parts I to IV inclusive of a factum shall not exceed 40 pages.

The appendices referred to in Rule 37 include statutes, regulations, rules, ordinances or by-laws but not anything covered in the definition of statement of fact, issues or argument.

Where counsel is of the view that the complexity of the case is such that the forty-page-limit for Parts I to IV of the factum would be insufficient, a motion may be made to a Judge or the Registrar for permission to file a lengthy factum.

This practice notice replaces the practice notice of 1983 concerning Rule 37.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés de prêter une attention particulière aux exigences de l'article 37 des *Règles de la Cour suprême du Canada* qui se lit en partie comme suit:

37. (1) Un mémoire doit comporter les cinq parties suivantes:

Partie I—dans cette partie de leur mémoire respectif, l'appelant doit énoncer succinctement les faits et l'intimé doit énoncer succinctement sa position relativement aux faits énoncés par l'appelant et les faits additionnels qu'il estime pertinents.

Partie II—dans cette partie de leur mémoire respectif, l'appelant doit faire un énoncé concis des points en litige dans l'appel et l'intimé doit énoncer sa réponse aux points soulevés par l'appelant et qu'il estime pertinents de débattre.

Partie III—un résumé de l'argumentation énonçant succinctement les moyens de droit ou de fait à débattre, avec un renvoi à la page et à la ligne du dossier et aux arrêts et ouvrages invoqués à l'appui de chaque moyen. Lorsqu'une loi, un règlement, une règle, une ordonnance ou un décret est cité ou invoqué, l'extrait pertinent doit être reproduit en annexe au mémoire ou le texte intégral déposé en 10 exemplaires à l'intention de la Cour.

Partie IV—un énoncé concis de la nature de la décision recherchée et de toute disposition particulière relative aux dépens.

(2.1) Sauf ordonnance contraire d'un juge ou du registraire, les parties I à IV du mémoire ne peuvent compter plus de 40 pages.

Les annexes dont il est question à l'article 37 des Règles visent les lois, règlements, règles, ordonnances ou décrets, mais non ce qui relève de l'exposé des faits, des points en litige ni de l'argumentation.

Lorsqu'un avocat estime que, vu la complexité de l'affaire, les Parties I à IV du mémoire requièrent plus de quarante pages, il peut présenter une requête devant un juge ou le registraire pour obtenir la permission de déposer un mémoire plus long.

Le présent avis remplace l'avis de 1983 portant sur l'article 37 des Règles.

ANNE ROLAND
REGISTRAR REGISTRAIRE

March 1992

Mars 1992

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard 421

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of the press — Search warrants issued for premises of the press — Seized videotapes already aired — Affidavit supporting application not indicating other sources of information — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Criminal law — Search warrants — Premises of the press — Seized videotapes already aired — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), (d), (e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

SOMMAIRE

Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co..... 534

Domages-intérêts — Manquement à une obligation fiduciaire — Avocat qui prépare un acte translatif de propriété sans révéler aux acquéreurs un bénéfice secret réalisé grâce à une opération d'achat et de revente successifs — L'exposé conjoint des faits révèle que si les acquéreurs avaient été parfaitement au courant de la situation ils n'auraient pas conclu l'opération — Action découlant de l'impossibilité de payer les dommages-intérêts dans laquelle se trouvaient les autres professionnels jugés responsables sur le plan délictuel pour la construction défectueuse d'un édifice sur le bien-fonds en cause — Ces dommages-intérêts sont-ils recouvrables?

R. c. Goltz 485

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Peine minimale — Loi provinciale relative aux véhicules automobiles prévoyant une peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement et d'une amende pour une pre-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)..... 459

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of the press — Search warrants issued for premises of the press — Alternative sources of information available — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Criminal law — Search warrants — Premises of the press — Alternative sources of information available — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), (d), (e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co..... 534

Damages — Breach of fiduciary duty — Solicitor preparing conveyance not advising purchasers of secret profit made on a flip — On agreed facts, purchasers fully apprised of situation would not have entered the transaction — Action arising because inability of other professionals found liable in tort for faulty construction of building on subject lands to pay damages — Whether or not damages recoverable.

R. v. Goltz 485

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Minimum sentence — Provincial motor vehicle legislation providing for mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment together with fine for first conviction of driving while prohibited — Whether mandatory minimum sentence infringes s. 12 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 88(1)(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.

SOMMAIRE (Fin)

mière déclaration de culpabilité de conduite durant une interdiction — La peine minimale obligatoire viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la Charte? — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 88(1)(c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.

Société Radio-Canada c. Lessard 421

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la presse — Mandats de perquisition visant les locaux d'un média — Saisie de bandes vidéo déjà diffusées — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Droit criminel — Mandats de perquisition — Locaux d'un média — Saisie de bandes vidéo déjà diffusées — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)(b), d), e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) 459

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la presse — Mandats de perquisition visant les locaux d'un média — Existence d'autres sources de renseignements — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit criminel — Mandats de perquisition — Locaux d'un média — Existence d'autres sources de renseignements — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)(b), d), e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Canadian Broadcasting Corporation *Respondent*

and

Canadian Association of Journalists *Intervener*

INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORPORATION
v. LESSARD

File No.: 21629.

1991: May 31; 1991: November 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of the press — Search warrants issued for premises of the press — Seized videotapes already aired — Affidavit supporting application not indicating other sources of information — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Criminal law — Search warrants — Premises of the press — Seized videotapes already aired — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), (d), (e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

A CBC camera crew videotaped a group of people occupying and damaging a post office building and both CBC's English and French language networks aired portions of the videotape. There is no indication that the police were at the scene or were aware of the incident at the time the tape was made. The police sought an authorization from a justice of the peace to search for the videotapes the day after the broadcast. The parties

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

^a **La Société Radio-Canada** *Intimée*

et

^b **L'Association canadienne des journalistes** *Intervenante*

^c RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. LESSARD

N^o du greffe: 21629.

1991: 31 mai; 1991: 14 novembre.

^d Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la presse — Mandats de perquisition visant les locaux d'un média — Saisie de bandes vidéo déjà diffusées — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).*

^g *Droit criminel — Mandats de perquisition — Locaux d'un média — Saisie de bandes vidéo déjà diffusées — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)b), d), e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).*

ⁱ Une équipe de cameramen de la SRC a enregistré sur bande vidéo un groupe de personnes qui occupaient un bureau de poste et y ont causé des dégâts, et les réseaux tant français qu'anglais de la SRC ont diffusé des extraits de la bande vidéo. Rien n'indique que les policiers se trouvaient sur les lieux au moment où le film a été tourné ou qu'ils étaient au courant de cet incident. Le lendemain de la diffusion, les policiers ont demandé

agreed that nothing in the affidavit would permit the justice of the peace to determine if there were an alternative source of information and, if there were such a source, whether reasonable steps had been taken to get the information from that source. Nonetheless, a warrant was granted to enter, search and seize the videotapes at the CBC's head office in Montreal on the basis of the information.

Several tapes were seized and, at the request of CBC officials, were placed in a sealed envelope while the validity of the warrant was contested. To that end, the CBC brought an application for *certiorari* to quash the search warrant. The Quebec Superior Court dismissed the application but a majority of the Court of Appeal allowed CBC's appeal.

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

Per Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ.: Warrants for the search of any premises constitute a significant intrusion on the privacy of individuals and corporations alike. The privacy interests of individuals in a democratic society must be carefully weighed in a search warrant application against the interests of the state in investigating and prosecuting crimes. This weighing and balancing will vary with the facts on each application. Even after the requirements of s. 487 of the *Criminal Code* have been met, the process of determining if a search warrant should issue may still be a difficult and complex process. Among commercial premises, the media are entitled to particularly careful consideration, both as to the issuance of a search warrant and as to the conditions that may be attached to a warrant to ensure that any disruption of the gathering and dissemination of news is limited as much as possible. The media are entitled to this special consideration because of the importance of their role in a democratic society.

The following factors should be considered in issuing a search warrant for media premises. (1) The requirements of s. 487(1)(b) of the *Criminal Code* must be met. (2) The justice of the peace should then consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant and (3) ensure that a delicate balance is struck between the competing

à un juge de paix l'autorisation de procéder à une perquisition pour obtenir les bandes vidéo. Les parties sont d'accord pour dire que rien dans l'affidavit ne permettait au juge de paix de déterminer s'il existait une autre source de renseignements et, le cas échéant, si on avait pris des mesures raisonnables pour obtenir les renseignements de cette source. Néanmoins, en se fondant sur les renseignements fournis, le juge de paix a accordé le mandat qui permettait d'effectuer une perquisition et de saisir les bandes vidéo au siège social de la SRC à Montréal.

Plusieurs bandes ont été saisies et, à la demande de dirigeants de la SRC, elles ont été placées dans une enveloppe scellée pendant la contestation de la validité du mandat. La SRC a présenté à cette fin une demande de *certiorari* en vue de faire annuler le mandat de perquisition. La Cour supérieure du Québec a rejeté la demande, mais la Cour d'appel a accueilli à la majorité l'appel interjeté par la SRC.

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson: Les mandats de perquisition constituent une ingérence importante dans la vie privée des individus ainsi que des personnes morales. Il faut, au moment de l'examen d'une demande de mandat de perquisition, comparer soigneusement les intérêts des particuliers concernant le respect de leur vie privée dans le cadre d'une société démocratique et l'intérêt de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels. Cette recherche d'un équilibre entre les intérêts variera selon les faits présentés au moment de chaque demande. Même après avoir satisfait aux exigences de l'art. 487 du *Code criminel*, il peut encore s'avérer difficile et compliqué de déterminer s'il y a lieu de décerner un mandat de perquisition. Parmi les locaux commerciaux, ceux des médias ont droit à une attention toute particulière, en ce qui concerne tant l'attribution d'un mandat de perquisition que les conditions dont peut être assorti un mandat, afin que toute perturbation de la collecte et de la diffusion des informations soit le plus possible limitée. Les médias ont droit à cette attention particulière en raison de l'importance de leur rôle dans une société démocratique.

Il faut tenir compte des facteurs suivants pour décerner un mandat de perquisition visant les locaux d'un média. (1) Les exigences énoncées à l'al. 487(1)b) du *Code criminel* doivent être respectées. Le juge de paix doit alors (2) examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat et (3) s'assurer qu'on a bien pon-

interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination. The press is truly an innocent third party; this factor is most important in attempting to strike an appropriate balance, including the consideration of imposing conditions on that warrant. (4) The affidavit in support of the application must contain sufficient detail to enable a proper exercise of discretion as to whether or not to issue a search warrant. (5) Although not constitutionally required, the affidavit material should ordinarily disclose whether there are alternative sources, and if reasonable and alternative sources exist, whether those sources have been investigated and all reasonable efforts to obtain the information have been exhausted. (6) Dissemination of the information by the media in whole or in part will be a factor favouring the issuance of the search warrant. (7) If a justice of the peace determines that a warrant should be issued for the search of media premises, consideration should then be given to the imposition of some conditions on its implementation. (8) The search warrant may be found to be invalid if, after its issuance, it is found that pertinent information was not disclosed, or (9) if the search is unreasonably conducted.

The crucial factor here was that the media had broadcast portions of the videotape depicting the commission of a crime before the application for the warrant. The failure to set out that there was either no alternative source of information to the police or, if there was, that the information sought could not be obtained from that alternative source, is a basis upon which the justice of the peace could refuse to issue the search warrant. This information should in most cases be placed before the justice of the peace. It is not, however, a constitutionally required condition for the issuance of a search warrant.

The search here was conducted reasonably and did not affect the operations of the news media. There was no indication that the police were at the scene or even aware of the crime when the film was made. It is reasonable to infer that they learned the details of the crime from the broadcast.

All members of the community have an interest in seeing that crimes are investigated and prosecuted and the media might accordingly even consider voluntarily

déré l'intérêt de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations. Les médias sont vraiment des tiers innocents; c'est un facteur tout particulièrement important à prendre en considération pour essayer de trouver un bon équilibre, notamment en étudiant la possibilité d'assortir ce mandat de certaines conditions. (4) L'affidavit présenté à l'appui de la demande doit contenir suffisamment de détails pour permettre un bon exercice du pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'attribution d'un mandat de perquisition. (5) Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence constitutionnelle, l'affidavit devrait ordinairement indiquer s'il y a d'autres sources de renseignements et, dans l'affirmative, si elles ont été consultées et si tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements ont été épuisés. (6) La diffusion par le média, en tout ou en partie, des renseignements recherchés favorisera l'attribution du mandat de perquisition. (7) Si un juge de paix décide de décerner un mandat de perquisition dans les locaux d'un média, il y a alors lieu d'examiner l'imposition de certaines conditions à son application. (8) Le mandat de perquisition peut être considéré comme valide si, après son attribution, on découvre que des renseignements pertinents n'ont pas été communiqués ou (9) si la perquisition est effectuée de manière abusive.

En l'espèce, le facteur fondamental est que, avant la présentation de la demande de mandat, le média avait diffusé des extraits de la bande vidéo illustrant la perpétration d'un acte criminel. L'omission de mentionner qu'il n'existait aucune autre source de renseignements pour les policiers ou, s'il en existait une, qu'il était impossible d'obtenir les renseignements recherchés de cette autre source est un motif sur lequel le juge de paix pouvait se fonder pour refuser de décerner le mandat de perquisition. Ces renseignements devraient être fournis au juge de paix dans la plupart des cas. Cependant, il ne s'agit pas là d'une condition imposée par la Constitution pour l'attribution d'un mandat de perquisition.

En l'espèce, la perquisition s'est effectuée de façon non abusive et n'a pas eu d'effet sur le fonctionnement du média. Rien n'indique non plus que les policiers se trouvaient sur les lieux du crime ou même qu'ils étaient au courant de sa perpétration au moment où le film a été tourné. Il est raisonnable de déduire qu'ils ont appris les détails de l'acte criminel au moment de la diffusion des informations.

Tous les citoyens ont un intérêt à voir que les actes criminels font l'objet d'enquêtes et de poursuites, et les médias pourraient même envisager de remettre volontai-

delivering their videotapes to the police. Once the news media have published the gathered information, that information then passes into the public domain. The publication of that information is a very important factor for the justice of the peace to consider. The publication or broadcasting of the information was a sufficiently important factor to enable the justice of the peace to issue the search warrant notwithstanding the failure of the police to explain that there was no alternative source available that would give them the information contained in the videotape.

The failure to set out the lack of alternative sources was simply another factor to be taken into account in assessing the reasonableness of the search. Here, the actual search was conducted reasonably and properly. There was no interference with the operation of the news media, nor was the freedom of the press threatened. The media had already completed their basic function of news gathering and news dissemination and the seizure of the tapes at this stage therefore could not be said to have a chilling effect on the media's sources of news.

Per La Forest J.: As long as they are strictly confined to situations similar to the present case, Cory J.'s reasons were generally agreed with.

Freedom of the press is vital to a free society and comprises the right to disseminate news, information and beliefs. The gathering of information could in many circumstances be seriously inhibited, if government had too ready access to information in the hands of the media. The press should not be turned into an investigative arm of the police. Thus, the fear that the police can easily gain access to a reporter's notes could well hamper the ability of the press to gather information. Barring exigent circumstances, the seizure of a reporter's handwritten notes and "contact book" and items of this nature should only be permitted when it is clear that all reasonable alternative sources have been exhausted.

A line should be drawn, however, between films and photographs of an event and items such as a reporter's personal notes, recordings of interviews and source "contact lists". The "chilling effect" on newsgathering argument was unpersuasive in so far as it pertained to films and photographs taken of an event because the chill is already there. Absent a promise of confidentiality, no one can reasonably believe that there is no danger of identification when he or she is being captured on

rement leurs bandes vidéo à la police. Une fois que le média a publié les renseignements recueillis, ceux-ci sont alors dans le domaine public. La publication de ces renseignements est un facteur très important que le juge de paix doit prendre en considération. La publication ou la diffusion des renseignements était un facteur suffisamment important pour que le juge de paix soit fondé à décerner le mandat de perquisition même si la police n'a pas expliqué qu'il n'existait pas d'autre source pouvant lui donner les renseignements contenus sur la bande vidéo.

L'omission de mentionner l'absence d'autres sources n'était qu'un autre facteur à prendre en considération pour évaluer le caractère non abusif de la perquisition. En l'espèce, la perquisition elle-même s'est effectuée de façon non abusive et régulière. Il n'y a pas eu entrave au bon fonctionnement du média ni atteinte à la liberté de la presse. Le média avait déjà exercé sa fonction de base qui consiste à recueillir et à diffuser des informations, et la saisie des bandes vidéo à ce stade ne pouvait donc pas être considérée comme ayant un effet de dissuasion sur ses sources de renseignements.

Le juge La Forest: Dans la mesure où ils se limitent strictement aux situations semblables à l'espèce, le juge La Forest est pour l'essentiel d'accord avec les motifs du juge Cory.

La liberté de la presse est primordiale dans une société libre et comprend le droit de diffuser des nouvelles, des renseignements et des opinions. La collecte de l'information pourrait être gravement entravée dans beaucoup de cas si le gouvernement avait trop facilement accès aux renseignements qui sont en la possession des médias. La presse ne devrait pas être transformée en service d'enquête de la police. La crainte que la police puisse avoir facilement accès aux notes d'un journaliste pourrait bien gêner la presse dans la collecte de l'information. Exclusion faite des situations d'urgence, la saisie des notes manuscrites d'un journaliste, de son «carnet de contacts» et d'objets de cette nature ne devrait être permise que lorsqu'il est manifeste que toutes les autres sources raisonnables ont été épuisées.

Il faudrait toutefois établir une ligne de démarcation entre les films et les photographies d'un événement et des objets comme les notes personnelles, les enregistrements d'entrevues et les «listes des contacts» d'un journaliste. L'argument selon lequel il y aurait un «effet de dissuasion» sur la collecte de l'information n'est pas convaincant dans la mesure où il se rapporte aux films tournés et aux photographies prises à l'occasion d'un événement parce que la dissuasion est déjà là. En l'ab-

film by the press. With respect to films and photographs, the exhaustion of alternative sources should not necessarily be required, unless there has been a guarantee of confidentiality.

The possibility that the police will uncover other confidential sources in the course of searching for the relevant material is too attenuated to add restrictions against searches of press organizations under all circumstances. This concern can probably best be addressed by limiting the warrant to specifically delineated items.

The search here was reasonable under s. 8 of the *Charter*. There was no violation of s. 2(b) in the specific circumstances of this case, and it was not necessary to speculate about possible infringements resulting from a search in other circumstances. Even given an infringement, the search would be reasonable under s. 1 when the compelling requirements of law enforcement are weighed against the highly tenuous interference with the right. The question whether a search constitutes a reasonable limit under s. 1 is probably not different from the question whether a search is reasonable under s. 8.

Per L'Heureux-Dubé J.: The sole issue in this case concerns the right of the police to obtain a warrant to search the premises of an innocent third party (the CBC) in order to obtain evidence of the commission of a crime. The freedom of the press was not at issue, the more so here since the material sought had already been broadcast on two occasions before the search warrant was issued. These reasons addressed only the specific facts of this case; other sets of circumstances could warrant different considerations. No notion of confidentiality was attached or implied to the object of the search warrant in this case.

Once the conditions set out in s. 487 are met, the justice of the peace has jurisdiction to issue a search warrant to retrieve evidence of the commission of a crime even absent a statement as to the availability of alternative sources. Neither the law nor jurisprudence mandate such a statement even when the premises searched are those of an innocent third party, here a member of the

sence d'une garantie de confidentialité, on ne peut pas raisonnablement croire qu'il n'y a aucun risque d'identification lorsqu'on est filmé par la presse. Pour ce qui concerne les films et les photographies, l'épuisement des autres ressources ne devrait pas être requis nécessairement, à moins qu'il n'y ait eu une garantie de confidentialité.

La possibilité que les policiers découvrent d'autres sources confidentielles au cours des perquisitions effectuées en vue de retrouver le matériel pertinent est trop mince pour que l'on ajoute des conditions aux perquisitions dans les locaux des médias dans tous les cas. La meilleure façon de traiter le problème est probablement de limiter le mandat à des objets décrits de manière précise.

La perquisition en l'espèce n'était pas abusive aux termes de l'art. 8 de la *Charte*. Il n'y a pas eu violation de l'al. 2b) dans les circonstances précises de la présente affaire, et il n'était pas besoin de s'interroger sur des atteintes possibles découlant d'une fouille ou perquisition dans d'autres circonstances. Même s'il y avait eu violation, la perquisition constituerait une limite raisonnable en vertu de l'article premier si l'on compare les exigences contraignantes relatives à l'application de la loi et l'entrave très ténue au droit. La question de savoir si une fouille ou perquisition constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier ne diffère probablement pas de la question de savoir si une fouille ou perquisition est abusive en vertu de l'art. 8.

Le juge L'Heureux-Dubé: La seule question que pose le présent pourvoi porte sur le droit de la police d'obtenir un mandat autorisant une perquisition dans les locaux d'un tiers innocent (la SRC) afin d'obtenir des éléments de preuve de la perpétration d'un acte criminel. La liberté de la presse n'est pas en cause et ce, d'autant plus, en l'espèce, que les enregistrements recherchés avaient déjà été diffusés à deux reprises avant l'attribution du mandat de perquisition. Les présents motifs ne portent que sur les faits particuliers de l'espèce; des considérations différentes peuvent être justifiées dans d'autres circonstances. L'objet du mandat de perquisition en l'espèce ne comportait aucun élément de confidentialité implicite ou explicite.

Une fois remplies les conditions énoncées à l'art. 487, le juge de paix a le pouvoir de décerner un mandat de perquisition pour chercher des éléments de preuve de la perpétration d'un acte criminel même en l'absence de déclaration quant à l'existence d'autres sources. Ni la loi ni la jurisprudence n'imposent une telle déclaration même lorsque les locaux fouillés appartiennent à un

media. A balancing process is neither mandated by s. 487 nor is it practical with regard both to the functions of the justice of the peace and to the burden on those requesting the search warrant.

Notwithstanding its importance, the constitutional protection of the freedom of the press does not go as far as guaranteeing the press special privileges which ordinary citizens, also innocent third parties, would not enjoy in a search for evidence of a crime. The law does not make such a distinction and the *Charter* does not warrant it. In fact, the press generally does not request special privileges.

Conditions can be imposed by a justice of the peace as to the manner in which a warrant can be executed and, in that regard, particular considerations for the media are quite relevant. These conditions, however, have nothing to do with the jurisdiction of the justice of the peace to issue the warrant once the conditions of s. 487 are established, notwithstanding the fact that the premises to be searched belong to innocent third persons or members of the press. There is no justification to add distinctions or nuances to the text of the *Criminal Code* based on the nature of the premises to be searched.

Per McLachlin J. (dissenting): Freedom of the press under the *Charter* must be interpreted in a generous and liberal fashion having regard to the history of the guarantee and focusing on the purpose of the guarantee.

The *Charter* guarantee is to protect the values underlying freedom of the press, like freedom of expression, and includes the pursuit of truth. Freedom of the press, like freedom of expression, is important to the pursuit of truth, to participation in the community and to individual self-fulfillment. In achieving these means, an effective and free press is dependent on its ability to gather, analyze and disseminate information, independent from any state imposed restrictions on content, form or perspective except those justified under s. 1 of the *Charter*.

The ways in which police search and seizure may impinge on the values underlying freedom of the press are manifest and can adversely affect the role of the media in furthering the search for truth, community participation and self-fulfillment. It is not every state restriction on the press, however, which infringes s. 2(b). Press activities which are not related to the values fundamental to freedom of the press may not merit *Charter* protection. The press activity at issue here — gathering and disseminating information about a labour

tiers innocent, en l'espèce un membre de la presse. Le recours à un processus d'appréciation n'est ni imposé par l'art. 487 ni pratique en ce qui concerne tant les fonctions de juge de paix que le fardeau qu'il impose à ceux qui sollicitent le mandat de perquisition.

Malgré son importance, la protection de la liberté de la presse prévue dans la Constitution ne va pas jusqu'à garantir à la presse des privilèges spéciaux dont les citoyens ordinaires, aussi tiers innocents, ne jouiraient pas dans la recherche d'éléments de preuve relatifs à un acte criminel. La loi ne fait pas de telle distinction, et la *Charte* n'y oblige pas. En fait, la presse elle-même ne réclame pas, en général, de privilèges spéciaux.

Le juge de paix peut imposer des conditions quant à la manière d'exécuter un mandat et, à cet égard, il est tout à fait pertinent de tenir compte de considérations particulières en ce qui a trait aux médias. Ces conditions n'ont cependant rien à voir avec la compétence du juge de paix de décerner le mandat une fois établies les conditions prévues à l'art. 487, nonobstant le fait que les locaux à fouiller appartiennent à des tiers innocents ou à des membres de la presse. Rien ne justifie l'ajout au texte du *Code criminel* de distinctions ou de nuances fondées sur la nature des locaux à fouiller.

Le juge McLachlin (dissidente): La liberté de la presse garantie par la *Charte* doit s'interpréter de façon généreuse et libérale en tenant compte de l'histoire de la garantie et en mettant l'accent sur son objet.

La garantie prévue par la *Charte* vise à protéger les valeurs sur lesquelles se fonde la liberté de la presse, comme la liberté d'expression, et comprend la recherche de la vérité. La liberté de la presse, comme la liberté d'expression, est importante pour la poursuite de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel. Pour atteindre ces fins, l'efficacité et la liberté de la presse dépendent de sa capacité de recueillir, d'analyser et de diffuser des informations, libre de restrictions apportées par l'État à son contenu, à sa forme ou à sa perspective, sauf celles qui peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les façons dont les perquisitions et les saisies effectuées par la police peuvent empiéter sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de la presse sont manifestes et peuvent avoir des effets néfastes sur le rôle joué par les médias pour favoriser la recherche de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel. Ce ne sont pas toutes les restrictions apportées par l'État à la presse qui portent atteinte à l'al. 2b). Les activités de la presse qui ne sont pas liées aux valeurs essentielles à la liberté de la presse peuvent ne

demonstration — was directly related to the furtherance of the values underlying the guarantee of free expression. Such search and seizure accordingly infringes freedom of the press as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

A search and/or seizure on press premises which infringes s. 2(b) can be justified under s. 1 where:

- (1) The search/seizure is necessary because there are no alternative sources for the information required;
- (2) The importance of the search/seizure outweighs the damage to be caused by the infringement of freedom of the press; and
- (3) The warrant ensures that the search/seizure interferes with the press's freedom as little as possible.

Given the seriousness of any violation of freedom of the press, the justice of the peace must be satisfied that the special requirements for the issuance of a warrant of search and seizure against a press agency are clearly established and made out with some particularity.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; **distinguished:** *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; **referred to:** *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860.

By La Forest J.

Distinguished: *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; **referred to:** *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572.

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R.

pas mériter d'être protégées par la *Charte*. L'activité de la presse en cause dans le présent pourvoi — la collecte et la diffusion de renseignements au sujet d'une manifestation de travailleurs — se rapporte directement à la promotion des valeurs sur lesquelles se fonde la garantie de la libre expression. Une perquisition et une saisie de ce genre portent atteinte à la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

Une perquisition et une saisie pratiquées dans des locaux d'un journal portant atteinte à l'al. 2b) peuvent se justifier en vertu de l'article premier:

- (1) Lorsque la perquisition ou saisie est nécessaire parce qu'il n'existe pas d'autres sources permettant d'obtenir les renseignements requis;
- (2) Lorsque l'importance de la perquisition ou saisie l'emporte sur les préjudices que causerait la violation de la liberté de la presse;
- (3) Lorsque le mandat fait en sorte que la perquisition ou saisie entrave le moins possible la liberté de la presse.

Étant donné la gravité de toute violation de la liberté de la presse, le juge de paix doit être convaincu que les exigences très particulières de l'attribution d'un mandat de perquisition et de saisie contre un média sont clairement établies et présentées avec certains détails.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; **distinction d'avec l'arrêt:** *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; **arrêt mentionné:** *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec l'arrêt: *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; **arrêts mentionnés:** *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts examinés: *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S.

860; distinguished: *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487.

By McLachlin J. (dissenting)

Descôteaux v. Mierzwinski, [1982] 1 S.C.R. 860; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 23; *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Zurher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 8.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 185(1)(h), 443(1)(b), (d), (e) [am. 1985, c. 19, s. 69].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), (d), (e) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 68], 488.1 [en. c. 27 (1st Supp.), s. 71].
Privacy Protection Act of 1980, 42 U.S.C. § 2000aa, 1988 edition.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*. Ottawa: Law Reform Commission, 1983.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 56. *Public and Media Access to the Criminal Process*. Ottawa: Law Reform Commission, 1987.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2043, 22 Q.A.C. 280, 50 C.C.C. (3d) 428, 72 C.R. (3d) 291, allowing an appeal from a judgment of Durand J., [1987] R.J.Q.

860; distinction d'avec l'arrêt: *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

^a *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 23; *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Zurher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

^e Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 8.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 185(1)h), 443(1)b), d), e) [mod. 1985, ch. 19, art. 69].
^f *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)b), d), e) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 68], 488.1 [ad. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 71].
Privacy Protection Act of 1980, 42 U.S.C. § 2000aa, 1988 edition.

^g

Doctrines citées

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 30. *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1983.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 56. *L'accès du public et des médias au processus pénal*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1987.

^j POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 2043, 22 Q.A.C. 280, 50 C.C.C. (3d) 428, 72 C.R. (3d) 291, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Durand, [1987]

2543, dismissing an application to quash a search warrant. Appeal allowed, McLachlin J. dissenting.

Claude Provost, for the appellant.

Pierre Giroux, Marie-Philippe Bouchard and Michael Hughes, for the respondent.

Richard G. Dearden and Randall J. Hofley, for the interveners.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Justices L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin. The facts, judicial history and much of the antecedent jurisprudence are set forth in the reasons of Cory J., and I shall not repeat them. I would dispose of the case in the manner proposed by Cory J. I agree with much of what he has to say, but I would confine the reasons strictly to situations similar to the present case. I am particularly concerned with the extent to which reliance should be placed on the facts that the respondent (the CBC) had already placed the information sought to be obtained under the search warrant in the public domain, and that the search did not interfere with its broadcasting capabilities. I agree that these facts may properly be taken into account and that, in the circumstances of this case, they have great weight having regard to the nature of the information sought and the circumstances in which it was obtained, but reliance on such factors in other situations could, I fear, lead to serious infringements of the freedom of the press and other media of communications. I, therefore, think it right to set forth my own perspectives on the issues.

Like Cory J., I take it as a given that freedom of the press and other media is vital to a free society. There can be no doubt, of course, that it comprises the right to disseminate news, information and beliefs. This was the manner in which the right was originally expressed, in the first draft of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* before its expansion to its present form. However, the freedom to disseminate information would be of little value if

R.J.Q. 2543, qui a rejeté une demande d'annulation d'un mandat de perquisition. Pourvoi accueilli, le juge McLachlin est dissidente.

a Claude Provost, pour l'appelant.

Pierre Giroux, Marie-Philippe Bouchard et Michael Hughes, pour l'intimée.

b Richard G. Dearden et Randall J. Hofley, pour l'intervenante.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin. Les faits, l'histoire judiciaire et une bonne partie des précédents sont exposés dans les motifs du juge Cory, et je ne les répéterai pas. Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory. Je souscris à une grande partie de ce qu'il a à dire, mais je restreindrais ces motifs strictement aux situations semblables à l'espèce. Ce qui me préoccupe tient en particulier à la question de savoir dans quelle mesure on devrait se fonder sur le fait que l'intimée (Radio-Canada) avait déjà rendu publics les renseignements que l'on tentait d'obtenir en vertu du mandat de perquisition et aussi sur le fait que la perquisition n'a pas entravé ses moyens de diffusion. Je conviens que ces faits peuvent être pris en considération à juste titre et que, dans les circonstances de l'espèce, ils ont un grand poids étant donné la nature des renseignements recherchés et les circonstances dans lesquelles ils ont été obtenus, mais se fonder sur de tels facteurs dans d'autres situations pourrait, je le crains, mener à des violations graves de la liberté de la presse et des autres médias. J'ai donc cru bon d'exposer mon propre point de vue sur les questions en litige.

À l'instar du juge Cory, je tiens pour acquis que la liberté de la presse et des autres médias est primordiale dans une société libre. Bien entendu, il ne fait pas de doute qu'elle comprend le droit de diffuser des nouvelles, des renseignements et des opinions. C'est ainsi que ce droit était formulé à l'origine dans la première ébauche de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, avant qu'il prenne sa forme actuelle. Toutefois, la liberté de diffuser des

the freedom under s. 2(b) did not also encompass the right to gather news and other information without undue governmental interference.

I have little doubt, too, that the gathering of information could in many circumstances be seriously inhibited if government had too ready access to information in the hands of the media. That someone might be deterred from providing information to a journalist because his or her identity could be revealed seems to me to be self-evident. As Stewart J. (dissenting) stated in *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978), at p. 572:

It requires no blind leap of faith to understand that a person who gives information to a journalist only on condition that his identity will not be revealed will be less likely to give that information if he knows that, despite the journalist's assurance, his identity may in fact be disclosed.

Concerns over the potential impact that unrestricted searches could have on freedom of the press have apparently led to the adoption in the United States of protective legislation by over half of the state legislatures as well as by the federal government. The *Privacy Protection Act of 1980*, 42 U.S.C. § 2000aa (1988), for example, prohibits the seizure of media "work product materials" except where "there is probable cause to believe that the person possessing such materials has committed or is committing the criminal offense to which the materials relate" or "there is reason to believe that the immediate seizure of such materials is necessary to prevent the death of, or serious bodily injury to, a human being". A similar type of legislation, that would require that search warrants be issued only when no other reasonable alternative exists, was proposed by the Ducharme Committee, a Quebec government Task Force instituted to study the issue of journalism and the law in the province of Quebec.

renseignements serait de peu de valeur si la liberté prévue à l'al. 2b) n'englobait pas également le droit de recueillir des nouvelles et d'autres renseignements sans l'intervention indue du gouvernement.

Selon moi, il ne fait guère de doute également que la collecte de l'information puisse dans beaucoup de cas être gravement entravée si le gouvernement a trop facilement accès aux renseignements qui sont en la possession des médias. Il me semble aller de soi que la possibilité que son identité soit révélée pourrait dissuader une personne de fournir des renseignements à un journaliste. Comme le disait le juge Stewart (dissident) dans l'arrêt *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978), à la p. 572:

[TRADUCTION] Cela n'exige pas la foi du charbonnier pour comprendre que la personne qui donne des renseignements à un journaliste à la seule condition que son identité ne soit pas révélée sera moins susceptible de donner ces renseignements si elle sait que, malgré la promesse formelle du journaliste, il est possible que son identité soit divulguée.

Les préoccupations au sujet des répercussions éventuelles que des fouilles ou perquisitions sans restriction pourraient avoir sur la liberté de la presse ont apparemment mené à l'adoption aux États-Unis de mesures de protection par plus de la moitié des législatures des États et par le gouvernement fédéral. La *Privacy Protection Act of 1980*, 42 U.S.C. § 2000aa (1988), par exemple, interdit la saisie des [TRADUCTION] «matériaux entrant dans le produit du travail» des médias sauf quand [TRADUCTION] «il y a une raison probable de croire que la personne en possession de ces matériaux a commis ou est en train de commettre l'infraction criminelle à laquelle ils se rapportent» ou quand [TRADUCTION] «il y a une raison de croire que la saisie immédiate de ces matériaux est nécessaire afin d'éviter qu'un être humain ne meure ou ne soit blessé gravement». Le même genre de loi, qui exigerait que des mandats de perquisition ne soient décernés que lorsqu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable, a été proposé par le Comité Ducharme, un groupe de travail du gouvernement du Québec constitué en vue d'étudier la question du journalisme vis-à-vis de la loi dans la province de Québec.

In my view, the threat to the freedom of the press that would result from unrestrained searches of certain journalistic material goes beyond the merely speculative. I would draw a line, however, between films and photographs of an event and items such as a reporter's personal notes, recordings of interviews and source "contact lists". In both this case and the companion New Brunswick case, *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, the only materials seized were videotapes and photographs of the demonstration.

I find the CBC's argument that there will be a "chilling effect" on newsgathering unpersuasive, in so far as that argument pertains to films and photographs taken of an event. I think the chill is already there. Absent a promise of confidentiality, no one can reasonably believe that there is no danger of identification when he is being captured on film by the press. When the press is covering an event under circumstances such as those in the present case, the very reason for the presence of cameramen is to take film and photographs for the purpose of broadcasting. While not all of the photographs will get published, there is a very real possibility that someone who commits a crime in front of the camera will find himself on the evening news or on the front page of a newspaper. The situation might be different if the press had made an undertaking to edit the film so that no identities would be revealed, or had promised confidentiality. Absent such a promise, however, it should be apparent that a photograph of a demonstrator "caught in the act" of vandalizing a post office or factory is precisely the sort of "newsworthy" item that is likely to make it into the paper.

As earlier mentioned, however, I do think that the "chilling effect" argument has merit in relation to other aspects of a reporter's work product. A distinguishing feature of the *Pacific Press* case (*Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487

À mon avis, la menace à la liberté de la presse qu'engendreraient des fouilles ou perquisitions sans restriction d'un certain matériel journalistique n'est pas une pure hypothèse. J'établirais toutefois une ligne de démarcation entre les films et les photographies d'un événement et des objets comme les notes personnelles, les enregistrements d'entrevues et les «listes des contacts» d'un journaliste. En l'espèce et dans le pourvoi connexe *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, les seuls matériaux saisis étaient des bandes vidéo et des photographies de la manifestation.

Je ne trouve pas convaincant l'argument de la SRC selon lequel il y aura un «effet de dissuasion» sur la collecte de l'information, dans la mesure où cet argument se rapporte aux films tournés et aux photographies prises à l'occasion d'un événement. Je pense que la dissuasion est déjà là. En l'absence d'une garantie de confidentialité, on ne peut pas raisonnablement croire qu'il n'y a aucun risque d'identification lorsqu'on est filmé par la presse. Lorsque la presse assure la couverture d'un événement dans des circonstances comme celles de la présente affaire, la raison même de la présence des cameramen est de tourner un film et de prendre des photographies en vue de leur diffusion. Toutes les photographies ne seront pas rendues publiques, mais il y a une forte possibilité que quelqu'un qui commet un crime devant les caméras se retrouve aux informations de fin de soirée ou à la première page d'un journal. La situation pourrait être différente si la presse s'est engagée à présenter le film de façon à ne pas révéler l'identité des personnes impliquées ou a garanti la confidentialité. En l'absence d'une telle garantie, cependant, il devrait être évident qu'une photographie d'un manifestant «pris sur le fait» en train d'endommager un bureau de poste ou une usine est précisément le genre de chose «qui vaut la peine d'être publiée» et qui se retrouvera probablement dans le journal.

Ainsi que je l'ai mentionné précédemment, toutefois, je pense effectivement que l'argument de l'«effet de dissuasion» a une certaine valeur relativement à d'autres aspects du produit du travail d'un journaliste. L'un des traits distinctifs de l'arrêt *Pacific Press*

(B.C.S.C.), discussed by Cory J., is that in that case reporters' handwritten notes and a reporter's "contact book" were also seized in the search. The press should not be turned into an investigative arm of the police. The fear that the police can easily gain access to a reporter's notes could well hamper the ability of the press to gather information. I would think that, barring exigent circumstances, the seizure of items of this nature should only be permitted when it is clear that all reasonable alternative sources have been exhausted.

With respect to films and photographs, the exhaustion of alternative sources should not, in my view, necessarily be required, unless there has been a guarantee of confidentiality. It can be argued that this distinction is not workable, since the police, and hence the justice of the peace, will in most cases not know in advance whether any information contained on a videotape is confidential or not. On the other hand, if the media organization claims that there is such confidential material, it would be a simple enough matter to seal the seized film in an envelope, as was done in this case, and subject it to an *in camera* hearing by the reviewing judge.

Another matter requiring consideration is the possibility that the police will uncover other confidential sources in the course of searching for the relevant material. This arguably would point towards adding restrictions against searches of press organizations under all circumstances. While the CBC argues that the possibility of this occurring will also render people less likely to provide the press with information, I am, on the whole, of the opinion that this connection is simply too attenuated; see *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, at p. 1581, where compulsion of testimony from a journalist was held not to violate s. 2(b) in the absence of evidence that such compulsion would detrimentally affect the journalist's ability to gather information. Should there be evidence in a future case that this does indeed give rise to a real problem, the issue can be addressed at that time. In the meantime, this con-

(*Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.)), examiné par le juge Cory, est que, dans cette affaire, des notes manuscrites prises par des journalistes et le «carnet des contacts» d'un journaliste ont également été saisis au cours de la perquisition. La presse ne devrait pas être transformée en service d'enquête de la police. La crainte que la police puisse avoir facilement accès aux notes d'un journaliste pourrait bien gêner la presse dans la collecte de l'information. Je croirais que, exclusion faite des situations d'urgence, la saisie d'objets de cette nature ne devrait être permise que lorsqu'il est manifeste que toutes les autres sources raisonnables ont été épuisées.

Pour ce qui concerne les films et les photographies, l'épuisement des autres sources ne devrait pas, à mon avis, être requis nécessairement, à moins qu'il n'y ait eu une garantie de confidentialité. On peut soutenir que cette distinction n'est pas réalisable, puisque les policiers, et par conséquent le juge de paix, ne sauront pas à l'avance dans la plupart des cas si les renseignements figurant sur la bande vidéo sont confidentiels ou non. Par contre, si le média prétend qu'il y a du matériel confidentiel de ce genre, il serait assez simple de placer le film saisi dans une enveloppe scellée, comme ce fut fait en l'espèce, et de le soumettre à une audience à huis clos tenue par le juge siégeant en révision.

Une autre question à examiner est la possibilité que les policiers découvrent d'autres sources confidentielles au cours des perquisitions effectuées en vue de retrouver le matériel pertinent. On pourrait dire que cette possibilité milite en faveur de l'ajout, dans tous les cas, de restrictions aux perquisitions dans les locaux des médias. Bien que la SRC allègue qu'en raison de cette possibilité les gens seront également moins susceptibles de fournir des renseignements à la presse, je suis, dans l'ensemble, d'avis que ce lien est simplement trop ténu; voir *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, à la p. 1581, où l'obligation pour un journaliste de témoigner a été considérée comme ne portant pas atteinte à l'al. 2b) en l'absence de preuve qu'une telle obligation nuirait à la capacité du journaliste de recueillir de l'information. S'il est prouvé dans une affaire future que cette question soulève effective-

cern can probably best be addressed by limiting the warrant to specifically delineated items.

The foregoing remarks have been made on the basis that the search here was reasonable under s. 8 of the *Charter*, but I note that my colleague McLachlin J. approaches the matter from the perspective that there has been a violation of s. 2(b), which would require justification under s. 1 of the *Charter*. I am clearly of the view for the considerations mentioned in discussing the reasonableness of the search that there was no violation of s. 2(b) in the specific circumstances of this case, and I need not speculate about possible infringements resulting from a search in other circumstances, some of which I have postulated earlier. Even had I been disposed to hold there was an infringement, the compelling requirements of law enforcement, when weighed against the highly tenuous interference with the right, would lead me to the view that the search in this case would be justifiable under s. 1. I am not, in any event, certain that the question whether a search constitutes a reasonable limit under s. 1 is really different from the question whether a search is reasonable under s. 8.

Finally I should draw attention to two other matters. The first is that this appeal is solely concerned with search warrants issued upon the media as a third party, i.e., a party that is not a suspect in the investigation. This may give rise to different considerations and I have not considered it. Nor have I considered the standards that should apply to searches against third parties generally, irrespective of whether they are members of the media or not. It will be evident, however, that I do not think the rights of such a party would be infringed in a case like the present.

For these reasons, I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

ment un véritable problème, elle pourra être étudiée à ce moment-là. Dans l'intervalle, la meilleure façon de traiter le problème est probablement de limiter le mandat à des objets décrits de manière précise.

J'ai formulé les remarques qui précèdent en tenant compte du fait que la perquisition en l'espèce n'était pas abusive aux termes de l'art. 8 de la *Charte*, mais je ferai observer que ma collègue le juge McLachlin aborde la question en supposant qu'il y a eu violation de l'al. 2b), laquelle devrait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je suis clairement d'avis, pour les considérations mentionnées dans l'analyse du caractère non abusif de la perquisition, qu'il n'y a pas eu violation de l'al. 2b) dans les circonstances précises de la présente affaire, et je n'ai pas besoin de m'interroger sur des atteintes possibles découlant d'une fouille ou perquisition dans d'autres circonstances, dont j'ai admis certaines comme possibles précédemment. Même si j'étais disposé à conclure qu'il y a eu violation, les exigences contraignantes en matière d'application de la loi, lorsqu'on les compare avec l'entrave très ténue au droit, m'amèneraient à penser que la perquisition en l'espèce pourrait se justifier en vertu de l'article premier. De toute façon, je ne suis pas certain que la question de savoir si une fouille ou perquisition constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier diffère vraiment de la question de savoir si une fouille ou perquisition est abusive en vertu de l'art. 8.

En dernier lieu, je dois attirer l'attention sur deux autres points. Premièrement, le présent pourvoi porte uniquement sur des mandats de perquisition décernés au sujet du média en tant que tiers, c.-à-d. une partie qui n'est pas soupçonnée dans le cadre de l'enquête. Cela peut soulever d'autres considérations, mais je ne les ai pas examinées. Deuxièmement, je n'ai pas examiné les normes qui devraient s'appliquer aux fouilles ou perquisitions à l'encontre de tiers en général, indépendamment du fait qu'ils fassent ou non partie d'un média. Il sera évident, toutefois, que je ne crois pas qu'il y aurait violation des droits d'une partie de ce genre dans une affaire comme en l'espèce.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have had the benefit of my colleague Justice Cory's reasons. I agree with the result he reaches, for essentially the same reasons as Monet J.A. who dissented in the Quebec Court of Appeal.

The sole issue in this case concerns the right of the police to obtain a warrant to search the premises of an innocent third party, here the Canadian Broadcasting Corporation (the CBC), in order to obtain evidence of the commission of a crime.

The CBC challenges the jurisdiction of the justice of the peace to issue such a warrant. By way of *certiorari* it seeks to quash the warrant on the basis that the affidavit in support of the application for its issuance did not disclose efforts made to canvass alternative sources of evidence.

Section 487 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 443) sets out the conditions upon which a justice of the peace has jurisdiction to issue a search warrant:

487. (1) A justice who is satisfied by information on oath in Form 1 that there are reasonable grounds to believe that there is in a building, receptacle or place

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act or any other Act of Parliament,

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer

(d) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it, and

(e) subject to any other Act of Parliament, to, as soon as practicable, bring the thing seized before, or make a report in respect thereof to, the justice or some other justice for the same territorial division in accordance with section 489.1.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory. Je souscris à sa conclusion, essentiellement pour les mêmes motifs que le juge Monet, dissident en Cour d'appel du Québec.

La seule question que pose le présent pourvoi porte sur le droit de la police d'obtenir un mandat autorisant une perquisition dans les locaux d'un tiers innocent, ici la Société Radio-Canada (la SRC), afin d'obtenir des éléments de preuve de la perpétration d'un acte criminel.

La SRC conteste le pouvoir du juge de paix de décerner un tel mandat. Par bref de *certiorari*, elle cherche à faire annuler le mandat au motif que l'affidavit à l'appui de la requête n'a pas mentionné les efforts déployés pour obtenir d'autres sources de renseignements.

L'article 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (anciennement l'art. 443), prévoit les conditions selon lesquelles le juge de paix a le pouvoir de décerner un mandat de perquisition:

487. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment selon la formule 1, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, selon le cas:

b) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale;

peut à tout moment décerner un mandat sous son seing, autorisant une personne qui y est nommée ou un agent de la paix:

d) d'une part, à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir;

e) d'autre part, sous réserve de toute autre loi fédérale, dans les plus brefs délais possible, à transporter la chose devant le juge de paix ou un autre juge de paix de la même circonscription territoriale ou en faire rapport, en conformité avec l'article 489.1.

As my colleague Cory J. points out, the constitutionality of the section is not at issue here and it is not disputed that the justice of the peace has discretion to determine whether to issue the warrant. The debate centres rather on the extent of that discretion as it bears on his or her jurisdiction.

I wish to make clear at the outset that my reasons address only the specific facts of this case since other sets of circumstances may warrant different considerations. Here, the material which was the object of the search warrant consisted of films and photographs of a particular event to which no notion of confidentiality was attached or implied. The situation differed fundamentally from that in *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (B.C.S.C.).

According to Durand J. of the Quebec Superior Court, once the conditions set out in s. 487 are met, the justice of the peace is justified in issuing the search warrant. Monet J.A., in dissent, agreed with this position. However, the majority of the Court of Appeal held that, before issuing a warrant for the search of the premises of innocent third persons (members of the press because of the constitutional protection afforded by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, according to Jacques J.A.), the justice of the peace must be satisfied that no alternative sources of the information sought are available. I disagree. I also disagree with Cory J.'s enumeration of the factors that must be taken into account by the justice of the peace in determining whether a search warrant should be issued. In my view, such a balancing process at that stage is neither mandated by s. 487 of the *Code* nor is it practical with regard both to the functions of the justice of the peace and the burden on those requesting the search warrant, often as a matter of urgency.

The search for alternative sources may involve a lengthy and costly process apart from the difficult determination of what constitutes an "alternative source" and the possibility of losing the benefit of the evidence requested should the alternative sources be,

Comme le signale mon collègue le juge Cory, la constitutionnalité de cet article n'est pas en cause, et on ne conteste pas le fait que le juge de paix a le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il y a lieu de décerner le mandat. Le débat porte plutôt sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire et son incidence sur la compétence du juge de paix.

Je voudrais préciser dès le départ que mes motifs ne portent que sur les faits particuliers de l'espèce car des considérations différentes peuvent être justifiées dans d'autres circonstances. Ici, les objets faisant l'objet de la perquisition étaient des films et des photographies d'un événement particulier qui ne comportaient aucun élément de confidentialité implicite ou explicite. La situation est fondamentalement différente de celle qui était en cause dans *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.).

D'après le juge Durand de la Cour supérieure du Québec, une fois remplies les conditions prévues à l'art. 487, le juge de paix est fondé à décerner le mandat de perquisition. Le juge Monet de la Cour d'appel, dans ses motifs dissidents, a été d'accord avec cette position. Toutefois, les juges de la majorité ont statué qu'avant de décerner un mandat autorisant une perquisition dans des locaux appartenant à des tiers innocents (les membres de la presse, selon le juge Jacques, en raison de la protection constitutionnelle qu'accorde l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*), le juge de paix doit être convaincu qu'il n'existe pas d'autres sources de renseignements. Je ne suis pas d'accord. Je ne suis pas d'accord non plus avec les facteurs qui, selon le juge Cory, doivent être pris en considération par le juge de paix pour déterminer s'il y a lieu de décerner un mandat de perquisition. À mon avis, un tel processus d'appréciation à ce stade n'est ni imposé par l'art. 487 du *Code* ni pratique en ce qui concerne tant les fonctions du juge de paix que le fardeau qu'il impose à ceux qui sollicitent le mandat de perquisition, souvent en situation d'urgence.

La recherche d'autres sources peut être longue et onéreuse, sans compter la difficulté de déterminer ce qui constitue une «autre source» et la possibilité de perdre l'avantage des éléments de preuve requis si tant est que les autres sources, pour une raison ou une

for one reason or another, lost, declared inadmissible, etc. One can readily see the complexity of the task with which a justice of the peace may be burdened should he or she be held to such a standard each time the issuance of a search warrant is requested against an innocent third party. The respondent, however, has restricted its argument to the press, based on s. 2(b) of the *Charter*.

While I agree with my colleague Cory J. (at p. 445) that “the media play a vital role in the functioning of a democratic society”, as Vallerand J.A. pointed out ((1989), 50 C.C.C. (3d) 428, at p. 441), [TRANSLATION] “[t]he freedom of the press is not in issue here” and the more so here since the material sought had already been broadcast on two occasions before the search warrant was issued. Moreover, presented with the warrant, the CBC simply provided the police with the material in question, the whole without any disturbance. The CBC rather argues on behalf of the principle involved.

Important as the constitutional protection of the freedom of the press is, it does not go as far as guaranteeing the press special privileges which ordinary citizens, also innocent third parties, would not enjoy in a search for evidence of a crime. The law does not make such a distinction and the *Charter* does not warrant it. In fact, the press itself does not generally request special privileges.

The respondent invokes the fear of a “chilling effect”. In *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978), a case involving a similar question, the United States Supreme Court had the following response when seized with this argument:

The general submission is that searches of newspaper offices for evidence of crime reasonably believed to be on the premises will seriously threaten the ability of the press to gather, analyze, and disseminate news. [p. 563]

autre, devaient, par exemple, se perdre ou être déclarées inadmissibles. On peut facilement se rendre compte de la complexité de la tâche qu’on imposerait ainsi au juge de paix si celui-ci devait s’en tenir à une telle norme chaque fois qu’un mandat de perquisition est requis contre un tiers innocent. L’intimée a toutefois limité son argumentation à la presse, en se fondant sur l’al. 2b) de la *Charte*.

Bien que je sois d’accord avec mon collègue le juge Cory (à la p. 445) pour dire que «les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d’une société démocratique», comme le faisait remarquer le juge Vallerand de la Cour d’appel ([1989] R.J.Q. 2043, à la p. 2051), «[i]l ne s’agit pas ici [. . .] de la liberté de la presse» et ce, d’autant plus, en l’espèce, que les enregistrements recherchés avaient déjà été diffusés à deux reprises avant l’émission du mandat de perquisition. De plus, lorsque le mandat lui a été présenté, la SRC a simplement remis aux policiers les enregistrements en question, le tout s’étant déroulé sans aucune perturbation. La SRC proteste plutôt au nom du principe en cause.

Si importante que soit la protection de la liberté de la presse garantie par la Constitution, elle ne va pas jusqu’à garantir à la presse des privilèges spéciaux dont les citoyens ordinaires, aussi tiers innocents, ne jouiraient pas lors d’une perquisition visant à chercher des éléments de preuve. La loi ne fait pas de telle distinction et la *Charte* n’y oblige pas. En fait, la presse elle-même ne réclame pas, en général, de privilèges spéciaux.

L’intimée invoque la crainte d’un «effet de dissuasion». Dans l’arrêt *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978), mettant en cause une question similaire, la Cour suprême des États-Unis a ainsi répondu à cet argument:

[TRANSLATION] On prétend généralement que les perquisitions dans les bureaux d’un journal dans le but de chercher des éléments de preuve d’un crime que l’on croit, pour des motifs raisonnables, pouvoir trouver dans ces locaux portent sérieusement atteinte à la capacité de la presse de recueillir, d’analyser et de diffuser les informations. [p. 563]

Properly administered, the preconditions for a warrant—probable cause, specificity with respect to the place to be searched and the things to be seized, and overall reasonableness—should afford sufficient protection against the harms that are assertedly threatened by warrants for searching newspaper offices. [p. 565]

Nor are we convinced, any more than we were in *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), that confidential sources will disappear and that the press will suppress news because of fears of warranted searches. [p. 566]

The fact is that respondents and *amici* have pointed to only a very few instances in the entire United States since 1971 involving the issuance of warrants for searching newspaper premises. This reality hardly suggests abuse; and if abuse occurs, there will be time enough to deal with it. Furthermore, the press is not only an important, critical, and valuable asset to society, but it is not easily intimidated—nor should it be. [p. 566]

And surely a warrant to search newspaper premises for criminal evidence such as the one issued here for news photographs taken in a public place carries no realistic threat of prior restraint or of any direct restraint whatsoever on the publication of the Daily or on its communication of ideas. The hazards of such warrants can be avoided by a neutral magistrate carrying out his responsibilities under the Fourth Amendment, for he has ample tools at his disposal to confine warrants to search within reasonable limits. [p. 567] [Emphasis added.]

For the same reasons, I would dismiss the argument of the respondent.

As regards the two decisions relied upon by the respondent, I will make the following comments.

Bien appliquées, les conditions préalables à un mandat — causes probables, désignation précise de l'endroit où la perquisition doit avoir lieu et des objets à saisir et caractère non abusif général — devraient fournir une protection suffisante contre les préjudices que pourraient causer les mandats décernés dans le but de perquisitionner dans les bureaux d'un journal. [p. 565]

Nous ne sommes pas plus convaincus maintenant que nous ne l'étions dans l'affaire *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), que des sources confidentielles disparaîtront et que la presse supprimera des informations par crainte de perquisitions autorisées par des mandats. [p. 566]

Le fait est que les intimés et les intervenants volontaires n'ont signalé depuis 1971 que très peu de cas dans l'ensemble des États-Unis portant sur l'attribution de mandats pour perquisitionner dans les locaux d'un journal. Cette réalité ne laisse guère supposer d'abus; et s'il en survient, il sera toujours temps d'examiner la question. En outre, non seulement la presse est un actif important, crucial et valable de la société, mais elle ne se laisse pas facilement intimidée — et ne le devrait pas non plus. [p. 566.]

Et certes un mandat pour perquisitionner dans les locaux d'un journal en vue de chercher des éléments de preuve, comme celui qui a été décerné en l'espèce afin de trouver des photographies de presse prises dans un endroit public, ne fait pas planer de menace réelle de restriction antérieure ou de toute autre restriction directe relativement à la publication du Daily ou à la diffusion d'idées par celui-ci. Il est possible d'éviter les dangers de tels mandats si un juge impartial s'acquitte de ses obligations selon le Quatrième amendement, car il dispose de tous les moyens pour faire en sorte que les perquisitions se fassent dans des limites raisonnables. [p. 567] [Je souligne.]

Je suis d'avis de rejeter l'argument de l'intimée pour les mêmes motifs.

En ce qui concerne les deux décisions sur lesquelles s'appuie l'intimée, je ferai les remarques suivantes.

In *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, this Court was concerned with the extent of the power of the justice of the peace to authorize a search and seizure of documents protected by the solicitor-client privilege. Lamer J. (now Chief Justice) writing for a unanimous Supreme Court, recognized that the jurisdiction of the justice of the peace centered not on the nature of the premises searched but on the reasonable belief that objects covered by para. (b) of s. 443(1) (now s. 487(1)) of the Code were to be found on the premises (at p. 883). He pointed out, however, that the nature of the premises to be searched is relevant to ascertain the manner in which the search is to be conducted (at p. 889):

One does not enter a church in the same way as a lion's den, or a warehouse in the same way as a lawyer's office. One does not search the premises of a third party who is not alleged to have participated in the commission of a crime in the same way as those of someone who is the subject of such an allegation.

The comments on the search of premises of the media are purely *obiter*. I entirely agree, however, with the remarks of Lamer J. that conditions can be imposed by a justice of the peace as to the manner in which a warrant can be executed and, in that regard, particular considerations for the media are quite relevant, such as the hours during which the normal media operations would be less disturbed, the areas of the search and so on. But such conditions in the execution of the warrant have nothing to do with the jurisdiction of the justice of the peace to issue the warrant once the conditions of s. 487 of the Code are established, notwithstanding that the premises to be searched belong to innocent third persons or members of the press.

As for *Re Pacific Press*, *supra*, the very special circumstances of that case do not warrant that this case be regarded as a precedent binding on the courts when dealing with the press. There is no justification, in my view, to add distinctions or nuances to the text of the Code based on the nature of the premises to be searched. As Monet J.A. pointed out, at p. 435, this could easily have been done in s. 487 as was the case in s. 185(1)(h): [TRANSLATION] "When Parliament

Dans l'affaire *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, notre Cour avait à décider de l'étendue du pouvoir du juge de paix d'autoriser une perquisition et la saisie de documents protégés par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a, au nom de la Cour à l'unanimité, reconnu (à la p. 883) que la compétence du juge de paix ne tient pas à la nature des locaux fouillés mais à la croyance raisonnable de la présence dans ces locaux d'objets de la nature de ceux prévus à l'al. b) du par. 443(1) (maintenant le par. 487(1)) du Code (p. 883). Il signalait, toutefois, que la nature des locaux à fouiller est pertinente quant à la manière dont la perquisition doit s'effectuer (à la p. 889):

On n'entre pas à l'église comme on le fait chez le loup; ni à l'entrepôt comme chez l'avocat. On ne perquisitionne pas chez le tiers qu'on n'allègue pas avoir participé à la commission du crime comme chez celui qui fait l'objet d'une telle allégation.

Les commentaires relatifs à la perquisition dans les locaux des médias sont purement *obiter*. Je suis entièrement d'accord, toutefois, avec le juge Lamer que le juge de paix peut imposer des conditions quant à la manière d'exécuter un mandat et, à cet égard, il est tout à fait pertinent de tenir compte de considérations particulières en ce qui a trait aux médias, telles les heures durant lesquelles leurs activités normales seront le moins perturbées, les endroits à fouiller et ainsi de suite. De telles conditions imposées dans l'exécution du mandat n'ont, cependant, rien à voir avec la compétence du juge de paix de décerner le mandat une fois établies les conditions prévues à l'art. 487 du Code, nonobstant le fait que les locaux à fouiller appartiennent à des tiers innocents ou à des membres de la presse.

Quant à la décision *Re Pacific Press*, précitée, les circonstances très spéciales de cette affaire ne justifient pas qu'elle soit considérée comme un précédent liant les tribunaux lorsqu'ils ont affaire à la presse. À mon avis, rien ne justifie l'ajout au texte du Code de distinctions ou de nuances fondées sur la nature des locaux à fouiller. Ainsi que le faisait remarquer le juge Monet, à la p. 2047, cela aurait pu facilement être fait à l'art. 487 comme ce fut le cas pour

intends to create a rule of subsidiarity, it does so in clear terms.”

He also states (at pp. 431-32):

[TRANSLATION] *Parliament* did not create exceptions. Bankers . . . lawyers . . . (subject to nuances, for example s. 444.1 of the *Criminal Code*), political parties . . . public service businesses . . . hospitals . . . in principle, are treated in the same manner as all others.

Common sense, none the less, requires that the judge of s. 443 not derogate from it but temper or modify it depending on the circumstances. One author, James A. Fontana, expressed this in the following manner . . .

Where the owner or occupier of the premises is an innocent third party, however, or where the person is in lawful possession of the goods to be searched for, the standards applicable to the search warrant process are, accordingly, much higher, requiring greater accuracy of documentation and fairness of enforcement. [Emphasis in original.]

I share that view.

Finally, Monet J.A., after observing that “[h]ard facts make bad law”, cites the opinion of the Law Reform Commission of Canada (Working Paper 30, *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, 1983) which criticizes the rule set by *Pacific Press* and does not recommend its general application for reasons which I fully endorse.

In summary, considering the text of s. 487 of the *Code*, the constitutionality of which is not attacked, once the conditions set out in that section are met, the justice of the peace has jurisdiction to issue a search warrant to retrieve evidence of the commission of a crime even in the absence of a statement as to the availability of alternative sources, which neither the law nor jurisprudence mandate even when the premises searched are those of an innocent third party, in this instance, a member of the media. Besides, the freedom of the press is not involved here.

Consequently, I would allow the appeal and dispose of this appeal as my colleague Cory J. suggests.

l'al. 185(1)h): «Lorsque le Parlement entend créer une règle de subsidiarité, il le fait en termes clairs.»

Il ajoute également (à la p. 2045):

Le Parlement n'a pas créé d'exceptions. Banquiers, avocats (sujet à des nuances, v.g. art. 444.1 du *Code criminel*), partis politiques, entreprises de services publics, hôpitaux, en principe, sont traités sur le même pied que les autres.

Le bon sens, néanmoins, commande au juge de l'article 443 non pas des dérogations mais des tempéraments selon les circonstances. Un auteur, James A. Fontana, exprime ainsi cette réserve:

[TRADUCTION] Lorsque le propriétaire ou l'occupant des lieux est un tiers innocent, cependant, ou lorsque la personne est en possession légale des biens recherchés, les normes applicables au processus d'attribution du mandat de perquisition sont donc beaucoup plus élevées, exigeant une exactitude accrue des documents et une plus grande équité dans l'exécution du mandat. [Italique dans l'original.]

Je partage cet avis.

Enfin, le juge Monet, après avoir signalé que «[h]ard facts make bad law», cite l'opinion de la Commission de réforme du droit du Canada (Document de travail 30, *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, 1983) qui critique la règle établie par l'arrêt *Pacific Press* et ne recommande pas son application générale, pour des motifs auxquels je souscris entièrement.

En résumé, compte tenu du libellé de l'art. 487 du *Code*, dont la constitutionnalité n'est pas contestée, une fois remplies les conditions énoncées dans cet article, le juge de paix a le pouvoir de décerner un mandat de perquisition pour chercher des éléments de preuve de la perpétration d'un acte criminel même en l'absence de déclaration quant à l'existence d'autres sources, que ni la loi ni la jurisprudence n'imposent, même lorsque les locaux fouillés appartiennent à un tiers innocent, en l'espèce un membre de la presse. En outre, la liberté de la presse n'est pas en jeu en l'espèce.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'en disposer comme le propose mon collègue le juge Cory.

The judgment of Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ. was delivered by

CORY J.—This appeal was heard on the same day as *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, and raises similar issues. Here too, consideration must be given to the validity of a warrant issued for the search of premises occupied by a media organization. In this case, the material sought had already been broadcast on two occasions by the respondent when the search warrant was sought. However, the affidavit in support of the application for the warrant did not refer to any efforts made by the police to obtain the evidence from alternative sources.

The Factual Background

On June 17, 1987, a camera crew from the Canadian Broadcasting Corporation (the “CBC”) filmed a group of people occupying and damaging a post office building in Pointe-Claire, Quebec. Portions of the videotape were broadcast twice on both the English and French networks of the CBC. There is no indication that the police were at the scene or were aware of the incident at the time the film was made.

The day following the broadcast of the footage, Ludger Cyr, an officer of the Montreal Urban Community police force, sought an authorization from a justice of the peace to search for the videotapes on which the acts of vandalism were recorded. The specific information sought and the basis for requesting it were described in this way:

[TRANSLATION] 1 – Videotape on which persons were filmed while causing damage to the interior of the Post Office at 15 Donegani Street in Pointe-Claire.

. . .

Police investigation.

In addition, part of this tape was shown on the 6:00 p.m. and 10:30 p.m. news on 17/6/87 on CBC TV Channels 2 and 6.

The parties are in agreement that there was nothing in the information which would permit the justice of

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson rendu par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi a été entendu le même jour que *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, et soulève des questions similaires. Il faut, ici également, examiner la validité d’un mandat décerné en vue d’une perquisition dans des locaux occupés par un média. En l’espèce, les enregistrements recherchés avaient déjà été diffusés à deux reprises par l’intimée au moment de la demande de mandat. Toutefois, dans l’affidavit à l’appui de la demande, on ne faisait aucunement mention d’efforts déployés par la police pour obtenir les éléments de preuve d’autres sources.

Les faits

Le 17 juin 1987, une équipe de cameramen de la Société Radio-Canada (la «SRC») a filmé un groupe de personnes qui occupaient un bureau de poste à Pointe-Claire (Québec) et y ont causé des dégâts. Des extraits de la bande vidéo ont été diffusés à deux reprises tant au réseau français qu’au réseau anglais de la SRC. Rien n’indique que les policiers se trouvaient sur les lieux au moment où le film a été tourné ou qu’ils étaient au courant de cet incident.

Le lendemain de la diffusion des séquences, Ludger Cyr, policier de la Communauté urbaine de Montréal, a demandé à un juge de paix l’autorisation de procéder à une perquisition pour obtenir les bandes vidéo sur lesquelles étaient enregistrés les actes de vandalisme. Les renseignements précis recherchés et les motifs de la demande étaient décrits ainsi:

1 – Cassette Vidéo sur laquelle a été filmé les personnes alors qu’ils (*sic*) causaient des dommages à l’intérieur du Bureau de Poste au 15 rue Donegani à Pointe-Claire.

. . .

i Enquête policière.

De plus une partie de cette cassette a été montrée lors des Nouvelles de 18:00 hres et 22:30 hres le 87-06-17 au Channel (*sic*) de T.V. # 2 + 6 de Radio-Canada.

Les parties sont d’accord pour dire que rien dans les renseignements ne permettait au juge de paix de

the peace to determine if there were an alternative source of information and, if there were such a source, whether reasonable steps had been taken to get the information from that source. Nonetheless, on the basis of Cyr's information, a warrant was granted to enter, search and seize the videotapes at the CBC's head office in Montreal.

Later that day, Cyr and another officer seized five videotapes. Four of these tapes contained raw footage of the incidents filmed while the fifth tape was that of a news report in the form in which it had been broadcast. At the request of CBC officials, the tapes were placed in a sealed envelope while the validity of the warrant was contested. To that end, CBC brought an application for *certiorari* to quash the search warrant.

Judgments Below

Quebec Superior Court, [1987] R.J.Q. 2543

Durand J. dismissed the CBC's application to quash the warrant. He found the information provided to the justice of the peace sufficient to support the issuance of the warrant. He wrote (at p. 2545):

[TRANSLATION] This text, added to the one mentioned above, explains the offence in question, the manner in which it was committed and the item to be seized, as well as its probative value. Nothing more is required for an ordinary seizure.

CBC contended that, where the police seek a warrant to seize items from a press organization which is not implicated in the crime under investigation, the police must demonstrate that either no alternative source of the information exists or that the police had attempted and failed to elicit the information from those sources. Durand J. held that no reasonable alternative source existed. He stated (at p. 2549):

[TRANSLATION] The mis-en-cause did not witness the incidents of June 17, 1987 in Pointe-Claire. It must be concluded that the tape described in the information will enable them to identify the wrongdoer or wrongdoers

déterminer s'il existait une autre source de renseignements et, le cas échéant, si on avait pris des mesures raisonnables pour obtenir les renseignements de cette source. Néanmoins, en se fondant sur les renseignements fournis par Cyr, le juge de paix a accordé le mandat qui permettait d'effectuer une perquisition et de saisir les bandes vidéo au siège social de la SRC à Montréal.

Plus tard ce jour-là, Cyr et un autre policier ont saisi cinq bandes vidéo. Quatre d'entre elles contenaient des séquences non montées des incidents filmés, tandis que la cinquième bande renfermait un bulletin d'informations sous la forme qu'il avait été diffusé. À la demande de dirigeants de la SRC, les bandes ont été placées dans une enveloppe scellée pendant la contestation de la validité du mandat. La SRC a présenté à cette fin une demande de *certiorari* en vue de faire annuler le mandat de perquisition.

Les jugements des instances inférieures

Cour supérieure du Québec, [1987] R.J.Q. 2543

Le juge Durand a rejeté la demande de la SRC d'annuler le mandat. Il a estimé que les renseignements fournis au juge de paix étaient suffisants pour justifier l'attribution du mandat. Il a écrit (à la p. 2545):

Ce texte, ajouté à celui précité, explicite l'infraction reprochée, la façon dont elle fut commise et l'objet à saisir ainsi que sa valeur probante. Il n'en faut pas plus pour une saisie ordinaire.

La SRC a prétendu que, lorsque les policiers sollicitent un mandat en vue de saisir des objets en la possession d'un organisme de presse qui n'est pas impliqué dans le crime faisant l'objet de l'enquête, ils doivent établir qu'il n'existe aucune autre source de renseignements ou, s'il en existe, qu'ils ont tenté, mais en vain, d'obtenir les renseignements de ces sources. Le juge Durand a conclu qu'il n'existait aucune autre source raisonnable. Il a déclaré (à la p. 2549):

Les mis en cause n'ont pas été témoins des incidents du 17 juin 1987 à Pointe-Claire. Il faut en conclure que la cassette décrite à la dénonciation leur permettra d'identifier le ou les malfaiteurs et qu'ils n'ont connu

and that they learned of it only by having watched the television news the day before the warrant application. The crime had just been committed, they were beginning their investigation and they had reason to believe that this tape would help them pursue it.

There was no reasonable alternative to this seizure and there was no need to mention this in the information.

Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2043, 50 C.C.C. (3d) 428

The majority of the Court of Appeal allowed the appeal brought by CBC. Relying on the decision of the British Columbia Supreme Court in *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 and the decision of this Court in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, Jacques J.A. held that the constitutional protection of freedom of the press required that searches only be conducted in the offices of a media organization when no other source of information was available. Therefore, because the supporting information did not address the issue of alternative sources, he held that the warrant ought to be quashed.

Vallerand J.A. also concluded that no search could be conducted when alternative sources of the information sought were available. He concluded that there is no distinction between a press organization and any other entity in this regard. He expressed the view that search warrants, because of their intrusive nature, should always be issued with reticence. As a result, a justice of the peace should only issue a warrant upon being satisfied that there was either no reasonable alternative source available or, if there were, that all reasonable steps had been taken to get the information from the alternative source and they were unsuccessful. As the justice of the peace did not have any information upon which to make those findings, Vallerand J.A. held, he was without jurisdiction to issue the warrant.

Monet J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. It was his position that since Parliament had not specifically required proof of the lack of alternative sources of information for the issuance of a

son existence que pour avoir regardé les nouvelles à la télévision la veille de la demande de mandat. Le crime venait d'être commis, ils commençaient leur enquête et ils avaient raison de croire que cette cassette les aiderait à la poursuivre.

Il n'y avait aucune alternative raisonnable à cette saisie et point n'était besoin de le mentionner à la dénonciation.

Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 2043

La Cour d'appel a accueilli à la majorité l'appel interjeté par la SRC. Se fondant sur la décision rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487, et sur l'arrêt de notre Cour *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, le juge Jacques a statué que la protection constitutionnelle de la liberté de la presse exige qu'on ne procède à des perquisitions dans les bureaux d'un média que lorsque aucune autre source de renseignements ne peut être utilisée. Par conséquent, puisqu'il n'était pas question des autres sources dans les renseignements fournis à l'appui de la demande, il a estimé que le mandat devait être annulé.

Le juge Vallerand a aussi conclu qu'on ne peut pas effectuer de fouille ou de perquisition lorsqu'il existe d'autres sources de renseignements. Il a jugé qu'il n'y avait aucune différence entre un organisme de presse et tout autre organisme à cet égard. Il a exprimé l'avis que les mandats de perquisition, en raison de leur nature envahissante, devraient toujours être décernés avec réticence. Par conséquent, le juge de paix ne devrait décerner un mandat que lorsqu'il est convaincu qu'il n'existe aucune autre source raisonnable ou, s'il en existe une, qu'on a pris toutes les mesures raisonnables pour obtenir les renseignements auprès de l'autre source, mais sans succès. Comme le juge de paix ne disposait pas de renseignements lui permettant de tirer ces conclusions, a dit le juge Vallerand, il n'avait pas le pouvoir de décerner le mandat.

Le juge Monet, dissident, aurait rejeté l'appel. Il était d'avis que, vu que le législateur n'a pas expressément prévu l'obligation de prouver l'absence d'autres sources de renseignements pour qu'un man-

search warrant, it was not required. By way of comparison, he referred to s. 185(1)(h) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, dealing with wiretaps. There, Parliament had specifically added the requirement that a police officer depose that all alternative sources had been solicited but that no information had been forthcoming. He was therefore of the view that, had Parliament intended to impose the same requirement on those seeking a search warrant, it would have done so.

Relevant Legislation

Section 487 (formerly s. 443) of the *Criminal Code* provides:

487. (1) A justice who is satisfied by information on oath in Form 1 that there are reasonable grounds to believe that there is in a building, receptacle or place

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act or any other Act of Parliament,

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer

(d) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it, and

(e) subject to any other Act of Parliament, to, as soon as practicable, bring the thing seized before, or make a report in respect thereof to, the justice or some other justice for the same territorial division in accordance with section 489.1.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

dat de perquisition soit décerné, une telle preuve n'est pas nécessaire. Par comparaison, il s'est reporté à l'al. 185(1)(h) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui traite d'écoute téléphonique. Dans ce cas-là, le législateur a expressément prévu l'obligation pour le policier d'attester que toutes les autres sources ont été contactées mais sans succès. Il estimait donc que, si le législateur avait voulu imposer la même obligation à ceux qui demandent un mandat de perquisition, il l'aurait mentionné.

Lois pertinentes

L'article 487 (anciennement l'art. 443) du *Code criminel* prévoit:

487. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment selon la formule 1, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, selon le cas:

b) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale;

peut à tout moment décerner un mandat sous son seing, autorisant une personne qui y est nommée ou un agent de la paix:

d) d'une part, à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir;

e) d'autre part, sous réserve de toute autre loi fédérale, dans les plus brefs délais possible, à transporter la chose devant le juge de paix ou un autre juge de paix de la même circonscription territoriale ou en faire rapport, en conformité avec l'article 489.1.

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

The Requirements for the Issuance of a Search Warrant

Like Vallerand J.A., I am of the view that warrants for the search of any premises constitute a significant intrusion on the privacy of individuals and corporations alike. Family and business confidences which are irrelevant to the crime under investigation may be reviewed by the unsympathetic eyes of a stranger. A search is always intrusive, upsetting and to some degree disruptive of the life or business of the individual subjected to the search. It is for this reason that a justice of the peace considering a search warrant application must undertake a careful weighing of the privacy interests of individuals in a democratic society against the interests of the state in investigating and prosecuting crimes.

The weighing and balancing which must be undertaken will vary with the facts presented on each application. Certainly in every case the requirements of s. 487 of the *Code* must be met. However, this is not the end of the matter. Even after the statutory conditions have been met it may still be a difficult and complex process to determine whether a search warrant should be issued. For example, a greater degree of privacy may be expected in a home than in commercial premises which may be subject to statutory regulation and inspection. At the same time, among commercial premises, the media are entitled to particularly careful consideration, both as to the issuance of a search warrant and as to the conditions that may be attached to a warrant to ensure that any disruption of the gathering and dissemination of news is limited as much as possible. The media are entitled to this special consideration because of the importance of their role in a democratic society.

In the companion appeal *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, I attempted to summarize the factors that must be taken into account in the balancing process in determining whether a search warrant should be issued. They are as follows (at p. 481):

Les conditions d'attributions d'un mandat de perquisition

À l'instar du juge Vallerand de la Cour d'appel, je suis d'avis que les mandats de perquisition constituent une ingérence importante dans la vie privée des individus ainsi que des personnes morales. Des secrets de famille et des secrets commerciaux qui ne se rapportent pas à l'acte criminel objet de l'enquête peuvent être livrés à un étranger désobligeant. Une fouille ou perquisition constitue toujours une ingérence, bouleverse et, dans une certaine mesure, dérange la vie ou l'entreprise de l'individu qui y est soumis. C'est pourquoi le juge de paix qui examine une demande de mandat de perquisition doit comparer soigneusement les intérêts des particuliers concernant le respect de leur vie privée dans le cadre d'une société démocratique et l'intérêt de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels.

Cette recherche d'un équilibre entre les intérêts variera selon les faits présentés au moment de chaque demande. Certes, dans chaque cas, il faut satisfaire aux exigences de l'art. 487 du *Code*. Toutefois, ce n'est pas tout. Même après avoir satisfait aux conditions imposées par la loi, il peut encore s'avérer difficile et compliqué de déterminer s'il y a lieu de décerner un mandat de perquisition. Par exemple, on peut s'attendre à une plus grande protection de la vie privée dans sa résidence que dans des locaux commerciaux qui peuvent être assujettis à une réglementation et à des inspections prévues par la loi. Par ailleurs, parmi les locaux commerciaux, ceux des médias ont droit à une attention toute particulière en ce qui concerne tant l'attribution d'un mandat de perquisition que les conditions dont peut être assorti un mandat afin que toute perturbation de la collecte et de la diffusion des informations soit le plus possible limitée. Les médias ont droit à cette attention particulière en raison de l'importance de leur rôle dans une société démocratique.

Dans le pourvoi connexe *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, j'ai essayé de résumer les facteurs à prendre en considération dans le processus de pondération pour déterminer s'il y a lieu de décerner un mandat de perquisition. Il s'agit des facteurs suivants (à la p. 481):

- 1) It is essential that all the requirements set out in s. 487(1)(b) of the *Criminal Code* for the issuance of a search warrant be met.
- 2) Once the statutory conditions have been met, the justice of the peace should consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant.
- 3) The justice of the peace should ensure that a balance is struck between the competing interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination. It must be borne in mind that the media play a vital role in the functioning of a democratic society. Generally speaking, the news media will not be implicated in the crime under investigation. They are truly an innocent third party. This is a particularly important factor to be considered in attempting to strike an appropriate balance, including the consideration of imposing conditions on that warrant.
- 4) The affidavit in support of the application must contain sufficient detail to enable the justice of the peace to properly exercise his or her discretion as to the issuance of a search warrant.
- 5) Although it is not a constitutional requirement, the affidavit material should ordinarily disclose whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if there is an alternative source, that it has been investigated and all reasonable efforts to obtain the information have been exhausted.
- 6) If the information sought has been disseminated by the media in whole or in part, this will be a factor which will favour the issuing of the search warrant.
- 7) If a justice of the peace determines that a warrant should be issued for the search of media premises, consideration should then be given to the imposition of some conditions on its implementation, so that the media organization will not be unduly impeded in the publishing or dissemination of the news.
- 8) If, subsequent to the issuing of a search warrant, it comes to light the authorities failed to disclose pertinent information that could well have affected the decision to issue the warrant, this may result in a finding that the warrant was invalid.
- 9) Similarly, if the search itself is unreasonably conducted, this may render the search invalid.
- 1) Il faut satisfaire à toutes les exigences énoncées à l'al. 487(1)b) du *Code criminel* pour qu'un mandat de perquisition puisse être décerné.
- 2) Une fois remplies les conditions prévues par la loi, le juge de paix doit examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat.
- 3) Le juge de paix doit s'assurer qu'on a bien pondéré l'intérêt de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations. Il faut se rappeler que les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d'une société démocratique. En règle générale, les médias ne sont pas impliqués dans l'acte criminel faisant l'objet de l'enquête. Ils sont vraiment des tiers innocents. C'est un facteur tout particulièrement important à prendre en considération pour essayer de trouver un bon équilibre, notamment en étudiant la possibilité d'assortir ce mandat de certaines conditions.
- 4) L'affidavit présenté à l'appui de la demande doit contenir suffisamment de détails pour permettre au juge de paix d'exercer correctement son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'attribution d'un mandat de perquisition.
- 5) Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence constitutionnelle, l'affidavit devrait ordinairement indiquer s'il y a d'autres sources de renseignements raisonnables et, le cas échéant, qu'elles ont été consultées et que tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements ont été épuisés.
- 6) Si le média a rendu publics, en tout ou en partie, les renseignements recherchés, ce facteur favorisera l'attribution du mandat de perquisition.
- 7) Si un juge de paix décide de décerner un mandat de perquisition dans les locaux d'un média, il y a alors lieu d'examiner l'imposition de certaines conditions à son application, de façon que le média ne soit pas indûment empêché de publier ou de diffuser les informations.
- 8) Si, par suite de l'attribution d'un mandat de perquisition, il ressort que les autorités ont omis de communiquer des renseignements pertinents qui auraient bien pu influencer sur la décision de décerner le mandat, il peut en résulter une conclusion que le mandat n'était pas valide.
- 9) De même, une perquisition effectuée de manière abusive peut être invalide.

In this case the crucial factor is that, prior to the application for the warrant, the media had broadcast portions of the videotape depicting the commission of a crime on two occasions, both in French and English.

There can be no doubt it would have been preferable if the affidavit material had indicated that there was either no alternative source of information to the police or, if there was, that the information sought could not be obtained from that alternative source. The failure to set that out is certainly a basis upon which the justice of the peace could refuse to issue the search warrant. As a result, I would expect that in the future, this information would in most cases be placed before the justice of the peace.

However, this is not a constitutionally required condition for the issuance of a search warrant. It is to be noted that factually, this case is far different from *Pacific Press, supra*. There, the search interfered with the operations of the media and delayed the publication of the newspaper. Here the search was conducted reasonably and did not affect the operations of the news media. Further, there is no indication that the police were at the scene or even aware of the crime when the film was made. It is reasonable to infer that they, like other members of the public, learned the details of the crime from the broadcast.

It must be remembered that all members of the community have an interest in seeing that crimes are investigated and prosecuted. In a situation such as this, the media might even consider voluntarily delivering their videotapes to the police. For example, if the tapes depicted a murder being committed and means of identifying the killer, would the media seek to withhold the tapes on the grounds that to release them would have a chilling effect on their sources and thus interfere with freedom of the press? I trust that such a position would not be taken.

In any event, once the news media have published the gathered information, that information then

En l'espèce, le facteur fondamental est que, avant la présentation de la demande de mandat, le média avait diffusé à deux reprises, en français et en anglais, des extraits de la bande vidéo illustrant la perpétration d'un acte criminel.

Il n'y a pas de doute qu'il aurait été préférable que l'affidavit mentionne qu'il n'existait aucune autre source de renseignements pour les policiers ou, s'il en existait une, qu'il était impossible d'obtenir les renseignements recherchés de cette autre source. Le juge de paix pouvait certainement se fonder sur l'omission de mentionner ce fait pour refuser de décerner le mandat de perquisition. Par conséquent, je m'attendrais à ce que, à l'avenir, ces renseignements soient fournis au juge de paix dans la plupart des cas.

Cependant, il ne s'agit pas là d'une condition imposée par la Constitution pour l'attribution d'un mandat de perquisition. Il convient de noter que, sur le plan des faits, la présente affaire diffère grandement de l'affaire *Pacific Press*, précitée. La perquisition avait alors entravé le fonctionnement du média et retardé la publication du journal. En l'espèce, la perquisition s'est effectuée de façon non abusive et n'a pas eu d'effet sur le fonctionnement du média. Rien n'indique non plus que les policiers se trouvaient sur les lieux du crime ou même qu'ils étaient au courant de sa perpétration au moment où le film était tourné. Il est raisonnable de déduire que, comme le grand public, ils ont appris les détails de l'acte criminel au moment de la diffusion des informations.

Il faut se rappeler que tous les citoyens ont un intérêt à ce que les actes criminels fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites. Dans un cas comme en l'espèce, les médias pourraient même envisager de remettre volontairement leurs bandes vidéo à la police. Par exemple, si les bandes montraient la perpétration d'un meurtre et des indices permettant d'identifier l'assassin, le média tenterait-il de garder les bandes pour le motif que leur remise aurait un effet dissuasif sur ses sources et entraverait ainsi la liberté de la presse? J'aime à croire que l'on n'adopterait pas une telle position.

De toute façon, une fois que les médias ont publié les renseignements recueillis, ceux-ci sont alors dans

passes into the public domain. The publication of that information is a very important factor for the justice of the peace to consider. This is something that favours the issuing of a search warrant. When a crime has been committed and evidence of that crime has been published, society has every right to expect that it will be investigated and, if appropriate, prosecuted. Here, the publication or broadcasting of the information was a factor of sufficient importance to enable the justice of the peace to exercise his discretion and issue the search warrant notwithstanding the failure of the police to explain that there was no alternative source available that would give them the information contained in the videotape.

The failure to set out the lack of alternative sources was simply another factor to be taken into account in assessing the reasonableness of the search. Here, the actual search was conducted reasonably and properly. There was no interference with the operation of the news media, nor was the freedom of the press threatened. The media had already completed their basic function of news gathering and news dissemination; thus, in my view, the seizure of the tapes at this stage could not be said to have a chilling effect on the media's sources of news. It was therefore appropriate for the justice of the peace to issue the search warrant in this case.

Disposition

I would allow the appeal and restore the order of Durand J.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—Having concluded that the search and seizure by the police in this case infringed the freedom of the press and media guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I must respectfully disagree with the reasons of my colleagues, Justices Cory and L'Heureux-Dubé.

le domaine public. La publication de ces renseignements est un facteur très important que le juge de paix doit prendre en considération. C'est quelque chose qui milite en faveur de l'attribution d'un mandat de perquisition. Lorsqu'un acte criminel a été commis et que des éléments de preuve de cet acte criminel ont été publiés, la société est tout à fait en droit de s'attendre à ce qu'il fasse l'objet d'une enquête et, s'il y a lieu, d'une poursuite. En l'espèce, la publication ou la diffusion des renseignements était un facteur suffisamment important pour que le juge de paix soit fondé à exercer son pouvoir discrétionnaire et à décerner le mandat de perquisition même si la police n'a pas expliqué qu'il n'existait pas d'autre source pouvant lui donner les renseignements contenus sur la bande vidéo.

L'omission de mentionner l'absence d'autres sources n'était qu'un autre facteur à prendre en considération pour évaluer le caractère non abusif de la perquisition. En l'espèce, la perquisition elle-même s'est effectuée de façon non abusive et régulière. Il n'y a pas eu entrave au bon fonctionnement du média ni atteinte à la liberté de la presse. Le média avait déjà exercé sa fonction de base qui consiste à recueillir et à diffuser des informations; ainsi, à mon avis, la saisie des bandes à ce stade ne pouvait pas être considérée comme ayant un effet de dissuasion sur les sources de renseignements de l'organisme de presse. Il était donc opportun pour le juge de paix de décerner le mandat de perquisition.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue par le juge Durand.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Étant arrivée à la conclusion que la perquisition et la saisie effectuées en l'espèce par les policiers portaient atteinte à la liberté de la presse et des médias garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne peux pas, en toute déférence, être d'accord avec les motifs de mes collègues les juges Cory et L'Heureux-Dubé.

The central issue on this appeal is the scope of the constitutional guarantee of freedom of the press and how it is to be reconciled to the public interest in permitting the police to have access to information relevant to the commission of offences. Unlike my colleagues, I hold the view that this issue requires the court to confront squarely two questions: (1) whether search and seizure of the press offends s. 2(b) of the *Charter*, and (2) if so, the conditions, if any, on which such search and seizure can be justified under s. 1. Analyzing s. 2(b) in the light of principles laid down in other cases, it is my conclusion that the search here in question violates s. 2(b) of the *Charter* and that the violation was not shown to be justified under s. 1 of the *Charter*.

The Issue

Section 487 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, permits a justice of the peace to issue a warrant for the search of premises and seizure of things found on the premises where the justice is satisfied that there are reasonable grounds to believe that items relevant to the commission of an offence may be found on the premises. The section applies to all premises, including those of the press.

The section does not expressly confer on a justice of the peace a discretion to consider any factor other than whether evidence relevant to the commission of a crime might be found on the premises. However, the phrase “may . . . issue a warrant” has permitted the courts to take the view that there may be some circumstances where other countervailing factors can and ought to be considered in the exercise of the justice’s “judicial discretion”. It is not necessary for the purposes of this case to assume a general discretion in every case to consider factors such as a household-er’s privacy in determining whether a warrant should issue. I content myself with the interpretation of s. 487 adopted by this Court in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 889-90, where Lamer J. (as he then was) said that the justice has a right to refuse to issue a warrant in “special circumstances”, such as “where the search would inter-

Le présent pourvoi porte essentiellement sur l’étendue de la garantie que la Constitution accorde à la liberté de la presse et sur la façon de concilier cette garantie avec l’intérêt public pour permettre à la police d’avoir accès à des renseignements se rapportant à la perpétration d’infractions. Contrairement à mes collègues, j’estime que le tribunal doit alors s’attaquer carrément à deux questions: (1) La perquisition et la saisie dans les locaux de la presse contre- viennent-elles à l’al. 2b) de la *Charte*? (2) Dans l’affirmative, quelles sont les conditions, le cas échéant, qui permettraient de justifier ces perquisitions et saisies en vertu de l’article premier? Après une analyse de l’al. 2b) en tenant compte des principes énoncés dans d’autres affaires, je conclus que la perquisition en cause viole l’al. 2b) de la *Charte* et que la violation n’est pas justifiée en vertu de l’article premier.

La question en litige

L’article 487 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, autorise le juge de paix à décerner un mandat permettant de perquisitionner dans des locaux et de saisir des objets lorsqu’il est convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’on pourrait trouver dans ces locaux des choses se rapportant à la perpétration d’une infraction. Il s’applique à tous les locaux, dont ceux de la presse.

L’article ne confère pas expressément au juge de paix le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération tout autre facteur que celui de savoir si des éléments de preuve relatifs à la perpétration d’un crime peuvent se trouver dans les locaux. Toutefois, l’expression «peut [. . .] décerner un mandat» a permis aux tribunaux de conclure qu’il peut y avoir des circonstances où d’autres facteurs compensatoires peuvent et doivent être pris en considération dans l’exercice du «pouvoir discrétionnaire» du juge. Il n’est pas nécessaire, aux fins du présent pourvoi, de présumer qu’un juge de paix a, dans chaque cas, le pouvoir discrétionnaire général de prendre en considération des facteurs tels que la vie privée d’un occupant pour déterminer s’il y a lieu de décerner un mandat. Je me satisfais de l’interprétation de l’art. 487 adoptée par notre Cour dans *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pp. 889 et 890, où le juge Lamer

ferre with rights as fundamental as freedom of the press”.

The general constitutionality of s. 487 is not challenged. Rather, what is at issue is the exercise by the justices of the peace of their discretion to refuse a warrant in special circumstances: *Descôteaux, supra*. It is submitted that searches and seizures on press premises can be permitted only in special circumstances where it is established that the state's interest in the administration of justice outweighs the interest in freedom of the press. Our task is to determine whether search and/or seizure on press premises infringes freedom of the press under s. 2(b) of the *Charter*, and if so, to define those circumstances, if any, in which the limitation on freedom of the press imposed by a search or seizure on press premises can be justified under s. 1 of the *Charter*. It will then be for justices of the peace hearing applications for search warrants to conduct themselves in accordance with the *Charter*: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1080 *per* Lamer J. (as he then was), and at p. 1048 *per* Dickson C.J. The result in this appeal will depend on whether the justice acted within the constraints imposed by the *Charter*.

Freedom of the Press: s. 2(b) of the Charter

The Constitution of Canada guarantees freedom of the press and media:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

By specifically referring to freedom of the press, s. 2(b) affirms the special position of the press and other media in our society. It affirms that the press

(maintenant Juge en chef) a dit que le juge de paix a le droit de refuser de décerner un mandat dans «certaines circonstances très particulières», comme lorsque «la perquisition porterait atteinte à des droits aussi fondamentaux que la liberté de la presse».

La constitutionnalité générale de l'art. 487 n'est pas contestée. Le litige porte plutôt sur l'exercice par les juges de paix de leur pouvoir discrétionnaire de refuser un mandat dans des circonstances très particulières: *Descôteaux*, précité. On soutient que les perquisitions et les saisies dans les locaux d'un média ne peuvent être permises que dans des circonstances très particulières où il est établi que l'intérêt de l'État dans l'administration de la justice l'emporte sur l'intérêt à l'égard de la liberté de la presse. Notre tâche consiste à déterminer si la perquisition ou la saisie à effectuer dans les locaux d'un média portent atteinte à la liberté de la presse garantie à l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, à définir les circonstances, le cas échéant, dans lesquelles la restriction à la liberté de la presse apportée par une perquisition ou une saisie dans les locaux d'un média peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il faudra alors que les juges de paix qui instruisent les demandes de mandats de perquisition se conduisent en conformité avec la *Charte*: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1080, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), et à la p. 1048, le juge en chef Dickson. L'issue du présent pourvoi dépendra de la question de savoir si le juge de paix a agi dans le cadre des restrictions imposées par la *Charte*.

La liberté de la presse: al. 2b) de la Charte

La Constitution du Canada garantit la liberté de la presse et des autres médias:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

En faisant expressément mention de la liberté de la presse, l'al. 2b) confirme la situation très particulière de la presse et des autres médias dans notre société. Il

and the media have the constitutional right to pursue their legitimate functions in our society. Freedom of the press under the *Charter* must be interpreted in a generous and liberal fashion having regard to the history of the guarantee and focusing on the purpose of the guarantee: see *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326 (per Cory J.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 (per Dickson J.); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 (per Dickson J.) at pp. 156 *et seq.*

The history of freedom of the press in Canada belies the notion the press can be treated like other citizens or legal entities when its activities come into conflict with the state. Long before the enactment of the *Charter*, the courts recognized the special place of the press in a free and democratic society. In England the matter was succinctly summarized by Denning M.R. in *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 23 (C.A.), at p. 34 :

... there is the special position of the journalist or reporter who gathers news of public concern. The courts respect his work and will not hamper it more than is necessary.

Canadian courts prior to the *Charter* recognized the fundamental importance of freedom of expression and the press and gave it quasi-constitutional status, striking down laws which violated it:

Reference Re Alberta Statutes, [1938] S.C.R. 100.

Boucher v. The King, [1951] S.C.R. 265.

Switzman v. Elbling, [1957] S.C.R. 285.

Fraser v. Public Service Staff Relations Board, [1985] 2 S.C.R. 455.

This tradition was aptly summarized by McIntyre J. in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 583-84:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the

confirme que la presse et les autres médias ont, en vertu de la Constitution, le droit d'exercer leurs fonctions légitimes dans notre société. La liberté de la presse garantie par la *Charte* doit s'interpréter de façon généreuse et libérale en tenant compte de l'historique de la garantie et en mettant l'accent sur son objet: voir *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 (le juge Cory); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 (le juge Dickson); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (le juge Dickson) aux pp. 156 et suivantes.

L'historique de la liberté de la presse au Canada dément l'idée que la presse peut être traitée comme les autres citoyens ou personnes morales lorsque ses activités entrent en conflit avec l'État. Bien avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux ont reconnu la place très particulière que la presse occupe dans une société libre et démocratique. En Angleterre, le maître des rôles Denning a résumé succinctement la question dans l'arrêt *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 23 (C.A.), à la p. 34:

[TRADUCTION] ... il y a la situation très particulière du journaliste ou du reporter qui recueille des informations d'intérêt public. Les tribunaux respectent son travail et ne l'entraveront pas plus qu'il ne faut.

Les tribunaux canadiens ont, avant l'adoption de la *Charte*, reconnu l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, lui ont donné un statut quasi constitutionnel et ont abrogé les lois qui lui portaient atteinte:

Reference Re Alberta Statutes, [1938] R.C.S. 100.

Boucher v. The King, [1951] R.C.S. 265.

Switzman v. Elbling, [1957] R.C.S. 285.

Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455.

Cette tradition a été résumée avec justesse par le juge McIntyre dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 583 et 584:

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des

political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

...

Prior to the adoption of the *Charter*, freedom of speech and expression had been recognized as an essential feature of Canadian parliamentary democracy. Indeed, this Court may be said to have given it constitutional status.

Even prior to the *Charter*, the special position of the press was recognized as sufficient to oust the usual rights of the police to gather information by search and seizure: *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (B.C.S.C.); *Descôteaux v. Mierzwinski*, *supra*. The position of the press can be no less privileged under the *Charter*.

I pass from the history of the freedom of expression in Canada to the purpose of the guarantee. The values underlying freedom of the press, like freedom of expression, include the pursuit of truth. The press furthers that pursuit by reporting on facts and opinions and offering its comment on events and ideas — activities vital to the functioning of our democracy, which is premised on the free reporting and interchange of ideas. The press acts as the agent of the public in monitoring and reporting on governmental, legal and social institutions: *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671, *per* Cory J.; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, *supra*, *per* Cory J.; Law Reform Commission of Canada: *Public and Media Access to the Criminal Process* (Working Paper 56, 1987), c. 1 at pp. 9-11. Freedom of the press is also important to participation in the community and individual self-fulfillment. One need only think of the role of a community newspaper in facilitating community participation, or the role of arts, sports and policy publications to see the importance of freedom of the press to these goals. We thus see that the values identified in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, as central to free expres-

institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

...

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel.

Même avant l'adoption de la *Charte*, on reconnaissait que la situation très particulière de la presse suffisait pour priver la police de ses droits habituels de recueillir des renseignements au moyen d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie: *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 (C.S.C.-B.); *Descôteaux c. Mierzwinski*, précité. La situation de la presse ne saurait être moins privilégiée sous le régime de la *Charte*.

Je passe maintenant de l'historique de la liberté d'expression au Canada à l'objet de la garantie. Les valeurs sur lesquelles se fonde la liberté de la presse, comme la liberté d'expression, comprennent la recherche de la vérité. La presse favorise cette recherche en présentant des reportages sur des faits et des opinions et en offrant ses commentaires sur des événements et des idées — activités essentielles au fonctionnement de notre démocratie, qui est fondée sur les reportages et les échanges d'idées faits en toute liberté. La presse agit en tant que représentante du public en surveillant les institutions gouvernementales, juridiques et sociales et en faisant des reportages sur celles-ci: *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671, le juge Cory; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, précité, le juge Cory; Commission de réforme du droit du Canada: *L'accès du public et des médias au processus pénal* (Document de travail 56, 1987), ch. 1, aux pp. 10 à 12. La liberté de la presse est importante également pour la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel. On n'a qu'à penser au rôle du journal d'une collectivité pour faciliter la participation au sein de celle-ci ou à celui des publications sur les arts, les sports et les

sion, also underlie the guarantee of freedom of the press and media. As to the means by which these purposes are to be achieved, it may be ventured that an effective and free press is dependent on its ability to gather, analyze and disseminate information, independent from any state imposed restrictions on content, form or perspective except those justified under s. 1 of the *Charter*.

politiques d'intérêt public pour se rendre compte de l'importance de la liberté de la presse dans la réalisation de ces objectifs. Nous voyons ainsi que les valeurs identifiées dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, comme étant essentielles à la libre expression sont à la base également de la garantie de la liberté de la presse et des autres médias. Quant aux moyens d'atteindre ces objectifs, on peut avancer que l'efficacité et la liberté de la presse dépendent de sa capacité de recueillir, d'analyser et de diffuser des informations, libre de restrictions apportées par l'État à son contenu, à sa forme ou à sa perspective, sauf celles qui peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

The ways in which police search and seizure may impinge on the values underlying freedom of the press are manifest. First, searches may be physically disruptive and impede efficient and timely publication. Second, retention of seized material by the police may delay or forestall completing the dissemination of the news. Third, confidential sources of information may be fearful of speaking to the press, and the press may lose opportunities to cover various events because of fears on the part of participants that press files will be readily available to the authorities. Fourth, reporters may be deterred from recording and preserving their recollections for future use. Fifth, the processing of news and its dissemination may be chilled by the prospect that searches will disclose internal editorial deliberations. Finally, the press may resort to self-censorship to conceal the fact that it possesses information that may be of interest to the police in an effort to protect its sources and its ability to gather news in the future. All this may adversely impact on the role of the media in furthering the search for truth, community participation and self-fulfillment.

Les façons dont les perquisitions et les saisies effectuées par la police peuvent empiéter sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de la presse sont manifestes. Premièrement, les perquisitions peuvent entraîner des perturbations sur le plan matériel et empêcher la publication efficace et opportune du journal. Deuxièmement, la retenue par les policiers d'objets saisis peut retarder ou empêcher la diffusion complète des informations. Troisièmement, les sources confidentielles de renseignements peuvent craindre de parler aux journalistes, et la presse peut ainsi perdre des chances d'assurer la couverture de différents événements en raison des craintes des participants que les autorités puissent facilement prendre connaissance des dossiers de la presse. Quatrièmement, cela peut dissuader les journalistes d'enregistrer et de conserver les renseignements recueillis pour s'en servir ultérieurement. Cinquièmement, le traitement et la diffusion des informations peuvent être gênés par l'éventualité que les délibérations internes de la rédaction soient rendues publiques à la suite de perquisitions. En dernier lieu, la presse peut recourir à l'auto-censure pour cacher le fait qu'elle est en possession de renseignements qui peuvent intéresser les policiers, dans le but de protéger ses sources et sa capacité de recueillir des informations à l'avenir. Tout cela peut avoir des répercussions néfastes sur le rôle joué par les médias pour favoriser la recherche de la vérité, la participation au sein de la collectivité et l'accomplissement personnel.

With deference to Cory J., I cannot accept that the fact that a portion of the material seized may have been published negates the chilling effect seizure might have on informants and the press itself. The fact that a portion of the material has been published does not negate the fact that other portions adversely affecting the privacy of press informants may be disclosed as a consequence of the search. But more fundamentally, it is the prospect of seizure of press material in future cases without the imposition of conditions to protect press freedom and the identity of informants which creates the chilling effect. The fact that some of the material may have been published in no way diminishes such fears.

I add that it is not every state restriction on the press which infringes s. 2(b). Press activities which are not related to the values fundamental to freedom of the press may not merit *Charter* protection: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*. For example, the press might not be entitled to *Charter* protection with respect to documents relating to an alleged offence by the press itself.

The press activity at issue in this case—gathering and disseminating information about a labour demonstration—is directly related to the furtherance of the values of truth, community participation and self-fulfillment that underlie the guarantee of free expression. It follows that such search and seizure infringes freedom of the press as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

This, however, is not the end of the analysis. The more difficult question is how freedom of the press is to be reconciled with society's interest in the administration of justice and the conviction of the guilty. Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that analysis takes place under the rubric of s. 1 of the *Charter*.

En toute déférence envers le juge Cory, je ne peux pas admettre que le fait qu'une partie des documents saisis ait pu être publiée annule l'effet de dissuasion que la saisie pourrait avoir sur les informateurs et sur la presse elle-même. La publication d'une partie des documents n'annule pas la possibilité que d'autres parties ayant un effet négatif sur la vie privée des informateurs de la presse soient divulguées à la suite de la perquisition. Mais plus fondamentalement, c'est l'éventualité d'une saisie de documents de presse à l'avenir sans l'imposition de conditions qui protègent la liberté de la presse et l'identité des informateurs qui crée cet effet de dissuasion. Le fait que certains des documents aient pu être publiés ne diminue en rien les craintes de ce genre.

J'ajouterai que ce ne sont pas toutes les restrictions apportées par l'État à la presse qui portent atteinte à l'al. 2b). Les activités de la presse qui ne sont pas liées aux valeurs essentielles à la liberté de la presse peuvent ne pas mériter d'être protégées par la *Charte*: voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité. Par exemple, il est possible que la presse n'ait pas droit à la protection offerte par la *Charte* en ce qui concerne des documents relatifs à une infraction qu'elle aurait commise elle-même.

L'activité de la presse qui est en cause dans le présent pourvoi—la collecte et la diffusion de renseignements au sujet d'une manifestation de travailleurs—se rapporte directement à la promotion des valeurs de recherche de la vérité, de participation au sein de la collectivité et d'accomplissement personnel sur lesquelles se fonde la garantie de la libre expression. Il s'ensuit qu'une perquisition et une saisie de ce genre portent atteinte à la liberté de la presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

La présente analyse n'est toutefois pas terminée. La question la plus difficile est de savoir de quelle façon on peut concilier la liberté de la presse et l'intérêt que la société a dans l'administration de la justice et la condamnation des coupables. En vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette analyse se fait suivant le texte de l'article premier de la *Charte*.

Justification Under s. 1 of the Charter

Section 1 of the *Charter* provides:

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.

The first question is whether there may ever be circumstances in which a search and/or seizure on press premises infringing s. 2(b) can be justified under s. 1. Pre-*Charter* jurisprudence suggests that search and seizure of press material may be justified in appropriate circumstances, as in the case where there is no alternative source of the relevant evidence: *Pacific Press, supra*. The same view has been taken in the United States: *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978). Denying the police the power ever to search press offices or seize press documents would have the advantage of eliminating *ex parte* hearings and the spectre of police in a newsroom rifling though press files. But, since a subpoena cannot be issued for purely investigatory processes, such a policy would effectively preclude police access to information in the hands of the press at the investigation stage. Access to information in the hands of the press at an investigatory stage may be extremely important—sufficiently important in fact to outweigh the negative impact on freedom of the press of an *ex parte* application and subsequent search and seizure. Accordingly, the argument that a warrant for search and seizure of an organ of the press can never be made out must fail.

What we are faced with then is the delicate task of finding the proper balance between the public interest in the right of the press to conduct its activities free from state interference, and the public interest in seeing that those guilty of offences are charged and convicted. To quote Lord Denning in *Senior v. Holdsworth, supra*, at p. 34:

Justification en vertu de l'article premier de la Charte

L'article premier de la *Charte* prévoit:

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.

La première question est de savoir s'il peut y avoir des circonstances où une perquisition ou une saisie pratiquées dans les locaux d'un journal en contravention de l'al. 2b) peuvent se justifier en vertu de l'article premier. La jurisprudence antérieure à la *Charte* laisse supposer que les perquisitions en vue de saisir des documents de presse peuvent se justifier dans des circonstances appropriées, comme dans le cas où il n'existe pas d'autre source pour obtenir les éléments de preuve pertinents: *Pacific Press*, précité. On a adopté la même opinion aux États-Unis: *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978). Refuser de façon systématique aux policiers le pouvoir de perquisitionner dans les bureaux d'un journal ou de saisir des documents de presse permettrait d'éliminer les audiences *ex parte* et le risque de voir la police dans une salle de presse en train de fouiller dans les dossiers de presse. Mais, puisque l'on ne peut pas décerner une assignation à des fins d'enquête seulement, une politique de ce genre empêcherait effectivement les policiers d'avoir accès aux renseignements qui sont en la possession de la presse au stade de l'enquête. L'accès à ces renseignements peut être extrêmement important — suffisamment important de fait pour l'emporter sur les répercussions néfastes qu'auraient sur la liberté de la presse une demande *ex parte* ainsi qu'une perquisition et une saisie subséquentes. Il faut donc rejeter l'argument selon lequel on ne peut jamais décerner de mandat de perquisition et de saisie contre un média.

Nous nous trouvons alors devant la tâche délicate de trouver le juste équilibre entre l'intérêt du public à ce que la presse puisse mener ses activités libre de toute intervention de l'État et l'intérêt du public à ce que les criminels soient poursuivis et reconnus coupables. Pour citer lord Denning dans l'arrêt *Senior v. Holdsworth*, précité, à la p. 34:

... there is the special position of the journalist or reporter who gathers news of public concern. The courts respect his work and will not hamper it more than is necessary. They will seek to achieve a balance between these two matters. On the one hand there is the public interest which demands that the course of justice should not be impeded by the withholding of evidence. . . . On the other hand, there is the public interest in seeing that confidences are respected and that newsmen are not hampered by fear of being compelled to disclose all the information which comes their way. . . .

In my opinion, the issuance of a warrant for search and for seizure of press information may be justified provided the following conditions are met:

- (1) The search/seizure is necessary because there are no alternative sources for the information required;
- (2) The importance of the search/seizure outweighs the damage to be caused by the infringement of freedom of the press; and
- (3) The warrant ensures that the search/seizure interferes with the press's freedom as little as possible.

These requirements mirror the concerns central to a s. 1 analysis as set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It goes without saying that the pressing objective required by *Oakes*—the effective prosecution and prevention of crime—will normally be established where the police seek evidence relevant to the commission of an offence. The requirement that the search be necessary (first enunciated in Canada by Nemetz C.J. in *Pacific Press*, *supra*), is in reality an insistence that there be a rational connection between the infringing measure and the state objective; if there are other sources of information, the necessary link between the infringement and the state goal justifying it is absent. The second and third elements of my proposed test echo the remaining two branches of the proportionality test proposed in *Oakes*.

[TRADUCTION] . . . il y a la situation très particulière du journaliste ou du reporter qui recueille des informations d'intérêt public. Les tribunaux respectent son travail et ne l'entraveront pas plus qu'il ne faut. Ils tenteront d'atteindre un équilibre entre ces deux questions. D'un côté, il y a l'intérêt public qui exige que l'on ne gêne pas le cours de la justice en retenant des éléments de preuve [. . .] De l'autre côté, il y a l'intérêt du public à ce que les confidences soient respectées et à ce que les journalistes ne craignent pas d'être obligés de divulguer tous les renseignements qui leur parviennent. . . .

À mon avis, l'attribution d'un mandat de perquisition et de saisie de renseignements de presse peut se justifier pourvu que soient remplies les trois conditions suivantes:

- (1) La perquisition ou saisie est nécessaire parce qu'il n'existe pas d'autres sources permettant d'obtenir les renseignements requis;
- (2) L'importance de la perquisition ou saisie l'emporte sur les préjudices que causerait la violation de la liberté de la presse;
- (3) Le mandat fait en sorte que la perquisition ou saisie entrave le moins possible la liberté de la presse.

Ces exigences reflètent les préoccupations essentielles dans une analyse fondée sur l'article premier, qui sont énoncées dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il va sans dire que l'existence de l'objectif urgent exigé par l'arrêt *Oakes*—poursuivre les criminels et prévenir le crime de façon efficace—sera habituellement établie lorsque les policiers tentent d'obtenir des preuves de la perpétration d'une infraction. La condition portant sur la nécessité de la perquisition (condition formulée pour la première fois au Canada par le juge en chef Nemetz dans la décision *Pacific Press*, précitée), est en réalité une façon d'insister pour qu'il y ait un lien rationnel entre l'empiétement et l'objectif de l'État; s'il existe d'autres sources de renseignements, le lien nécessaire entre l'empiétement et le but de l'État qui le justifie est absent. Les deuxième et troisième éléments du critère que je propose rappellent les deux autres volets du critère de proportionnalité proposé dans l'arrêt *Oakes*.

Given the seriousness of any violation of freedom of the press, the justice of the peace must be satisfied that the special requirements for the issuance of a warrant of search and seizure against a press agency are clearly established. Bald assertions of necessity or proportionality will not suffice. They must be backed up by more specific assertions.

For example, a justice enquiring whether the warrant is made necessary by the absence of alternative sources might well expect answers to questions like the following: Are there other sources known to the police? Have the police made reasonable efforts to find and utilize alternative sources? Mere administrative convenience will not suffice.

Similarly, in weighing the seriousness of the invasion of press freedom against the importance of the suspected evidence and the investigation, the justice might ask questions like the following: How serious is the alleged violation of the law? Is the search likely to disrupt the operations of the press organ? What is the likelihood of revealing the identity of informants in a way that may inhibit future communications with the press? Has the material already been substantially published? Can the search be conducted or the information obtained in a way that will do little harm to the operations of the press now and in the future?

The requirement that the infringement go no further than is necessary to achieve the desired object demands like particularity. The justice should cast the warrant in terms which reduce as far as possible the effects of the infringement. Matters such as timing, specificity of the items to be seized, and conditions protecting the identity of informants may fall to be considered, as may the manner in which the warrant is to be executed. For example, where there is no reason to believe the press will destroy the material or refuse to surrender it, it might be reasonable for the warrant to require that the information be surrendered rather than allowing the police to search the premises

Étant donné la gravité de toute violation de la liberté de la presse, le juge de paix doit être convaincu que les exigences très particulières de l'attribution d'un mandat de perquisition et de saisie contre un média sont clairement établies. De simples affirmations quant à la nécessité du mandat et au critère de proportionnalité ne suffiront pas. Ces points doivent être étayés par des affirmations plus précises.

Par exemple, le juge de paix qui demande si le mandat est rendu nécessaire en raison de l'absence d'autres sources pourrait bien s'attendre à ce que l'on réponde à des questions telles que les suivantes: Y a-t-il d'autres sources connues de la police? La police a-t-elle fait des efforts raisonnables pour découvrir et utiliser d'autres sources? La simple commodité administrative ne suffit pas.

De même, en comparant la gravité de l'empiètement sur la liberté de la presse et l'importance de l'enquête et des éléments de preuve que l'on croit pouvoir trouver, le juge de paix pourrait poser des questions comme celles-ci: Quelle est la gravité de la prétendue violation de la loi? La perquisition est-elle susceptible de perturber le fonctionnement du média? Quel est le risque de révéler l'identité des informateurs d'une façon qui puisse nuire aux communications éventuelles avec la presse? Le document a-t-il déjà été publié en grande partie? La perquisition peut-elle être effectuée ou les renseignements obtenus de façon à ne pas trop nuire aux activités présentes et futures de la presse?

La condition selon laquelle l'empiètement ne doit pas aller plus loin qu'il ne faut pour atteindre l'objectif visé exige des précisions semblables. Le juge de paix doit rédiger le mandat de façon à réduire autant que possible les effets de l'empiètement. Des questions comme le choix du moment, les détails concernant les objets à saisir et les conditions protégeant l'identité des informateurs peuvent être prises en considération, comme peut l'être la manière dont le mandat doit être exécuté. Par exemple, lorsqu'il n'y a pas lieu de croire que la presse détruira les documents ou refusera de les remettre, il pourrait être raisonnable d'exiger dans le mandat que les renseignements soient remis plutôt que de permettre aux policiers de perquisitionner dans les locaux et de saisir les docu-

and seize the materials. (This appears to be a common practice at present.)

In some cases a justice concerned to minimize impact or concerned as to whether the warrant should issue at all may wish to receive representations from the press organ in question, especially in circumstances where the need for the suspected evidence is not particularly urgent and there is no reason to suspect that the evidence in question will be concealed or destroyed.

In summary, the justice of the peace to whom an application for a warrant against the press is made possesses jurisdiction to refuse the warrant or impose conditions on its execution, so as to ensure that the limit on press freedom it represents is justified under s. 1 of the *Charter*. This is essential to ensure that the action of the police in searching for and seizing press materials does not violate the *Charter*. Should more precision be deemed necessary it is open to Parliament to enact legislation setting out special procedures governing search and seizure on press premises, as it did in enacting s. 488.1 of the *Code*, dealing with seizure of privileged documents, after *Descôteaux, supra*.

Application of the Principles to this Case

The warrant in the case at bar does not comply with the requirements of the *Charter*.

The search of the premises to obtain the video recordings of the vandalism which the police were investigating and the subsequent seizure of a number of recordings violate the freedom of the press guaranteed by s. 2(b). While the aim of the search and seizure was not to limit freedom of the press, that was the effect. The press activities represented by the tapes seized were directly related to the legitimate pursuit of the values underlying the guarantee of press freedom and were worthy of *Charter* protection. The search and seizure impinged on the press's liberty. The broadcaster's private offices were searched. The means by which it communicated the news to the public were seized and detained. The fact that a portion of the material had already been pub-

ments. (Il semble que ce soit un usage courant actuellement.)

Dans certains cas, le juge de paix qui veut minimiser les répercussions ou savoir s'il faut décerner le mandat peut vouloir que le média en question lui soumette des observations, tout particulièrement dans des circonstances où le besoin des éléments de preuve n'est pas particulièrement urgent et où il n'y a pas de raison de soupçonner qu'ils seront dissimulés ou détruits.

En résumé, le juge de paix à qui est présentée une demande de mandat contre la presse peut refuser de décerner le mandat ou imposer des conditions relativement à son exécution, de façon à s'assurer que la restriction de la liberté de la presse qu'il représente peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela est essentiel pour que les gestes accomplis par les policiers en effectuant la perquisition et la saisie des documents de presse ne violent pas la *Charte*. Si une plus grande précision est jugée nécessaire, le Parlement est libre d'adopter une loi prévoyant des procédures spéciales régissant la perquisition et la saisie dans les locaux d'un journal, comme il l'a fait après l'arrêt *Descôteaux*, précité, en adoptant l'art. 488.1 du *Code*, qui traite de la saisie de documents privilégiés.

Application des principes au présent pourvoi

Le mandat en l'espèce ne respecte pas les exigences de la *Charte*.

La perquisition en vue d'obtenir les bandes vidéo des actes de vandalisme sur lesquels les policiers enquêtaient et la saisie subséquente d'un certain nombre d'enregistrements violent la liberté de la presse garantie par l'al. 2b). La perquisition et la saisie ne visaient pas à restreindre la liberté de la presse, mais c'est l'effet qu'elles ont eu. Les activités de la presse représentées par les bandes saisies se rapportaient directement à la poursuite légitime des valeurs sur lesquelles se fonde la garantie de la liberté de la presse et méritaient d'être protégées par la *Charte*. La perquisition et la saisie ont porté atteinte à la liberté de la presse. Les bureaux privés du diffuseur ont été perquisitionnés. On a saisi et conservé les moyens par lesquels il communiquait les informations au public.

lished does not detract from the fact that the broadcaster's legitimate press activities were interfered with. It follows that a breach of s. 2(b) is established.

The search and seizure are not shown to have been justified under s. 1 of the *Charter*. The warrant was issued notwithstanding the absence of any evidence that the information could not be obtained elsewhere. Nor was there any material to permit the justice to weigh the importance of the search against the press infringement and to ensure that it did not intrude on press freedom further than necessary. While it is not alleged that the police interfered with the broadcaster's operations unduly, the absence of material enabling the justice to conclude that the search and seizure were necessary and proportionate is fatal. Without such information, the Crown cannot justify its infringement of press freedom under s. 1 of the *Charter*.

Disposition

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Claude Provost, Montreal.

Solicitors for the respondent: Tremblay, Bois, Mignault, Duperrey & Lemay, Ste-Foy.

Solicitors for the intervener: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Le fait qu'une partie des documents avait déjà été publiée ne diminue pas le fait que l'on a entravé les activités de presse légitimes du diffuseur. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'al. 2b).

Il n'est pas prouvé que la perquisition et la saisie étaient justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le mandat a été décerné malgré l'absence de preuve qu'il était impossible d'obtenir les renseignements ailleurs. Il n'y avait non plus aucun document qui permettait au juge de paix de comparer l'importance de la perquisition et la violation de la liberté de la presse et de s'assurer que la perquisition n'entraînait pas cette liberté plus qu'il ne fallait. On n'a pas allégué que les policiers ont gêné indûment les opérations du diffuseur, mais l'absence de document permettant au juge de paix de conclure que la perquisition et la saisie étaient nécessaires et proportionnées contribue à faire échouer le présent pourvoi. Sans ces renseignements, le ministère public ne peut pas justifier son atteinte à la liberté de la presse en se fondant sur l'article premier de la *Charte*.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureur de l'appellant: Claude Provost, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Tremblay, Bois, Mignault, Duperrey & Lemay, Ste-Foy.

Procureurs de l'intervenante: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

The Canadian Broadcasting Corporation *Appellant*

v.

The Attorney General for New Brunswick *Respondent*

and

Canadian Association of Journalists *Intervener*

INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORPORATION
v. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 21827.

1991: May 31; 1991: November 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW
BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of the press — Search warrants issued for premises of the press — Alternative sources of information available — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Criminal law — Search warrants — Premises of the press — Alternative sources of information available — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), (d), (e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Appellant's reporters videotaped a demonstration during which a company guardhouse was destroyed. Police, including identification specialists, were present. The RCMP sought a search warrant to seize these tapes. The sworn information or affidavit in support of the warrant explained that other sources of information existed but that they either provided insufficient evidence or were

La Société Radio-Canada *Appelante*

a c.

Le procureur général du Nouveau-Brunswick *Intimé*

b et

L'Association canadienne des journalistes *Intervenante*

c RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCURER GÉNÉRAL)

N° du greffe: 21827.

d 1991: 31 mai; 1991: 14 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson.

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la presse — Mandats de perquisition visant les locaux d'un média — Existence d'autres sources de renseignements — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit criminel — Mandats de perquisition — Locaux d'un média — Existence d'autres sources de renseignements — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)b), d), e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

i Des journalistes de l'appelante ont enregistré sur bande vidéo une manifestation au cours de laquelle un poste de garde a été détruit. Des policiers, et parmi eux des spécialistes de l'identification, étaient présents. La GRC a demandé un mandat de perquisition en vue de saisir ces bandes. La dénonciation ou affidavit à l'appui de la demande expliquait qu'il existait d'autres sources

unavailable or unwilling to testify. The affidavit did not reveal that police identification experts were present at the scene. A justice of the peace issued a search warrant on the basis of the affidavit. The RCMP and appellant's officials agreed that the videotapes should be placed in a sealed envelope to be held by a judge of the Provincial Court until the outcome of these proceedings.

Appellant successfully brought an application in the Court of Queen's Bench to quash the warrant and to order the return of the seized tapes. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and upheld the issuance of the warrant. At issue here was whether freedom of the press, as protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, requires that a justice of the peace, before issuing a warrant to search media offices, be satisfied that no reasonable alternative source of the information exists.

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

Per Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ.: Freedom of expression, protected by s. 2(b) of the *Charter*, does not import any new or additional requirements for the issuance of search warrants. It provides a backdrop against which the reasonableness of the search may be evaluated and requires that careful consideration be given not only to whether a warrant should issue but also to the conditions which might properly be imposed upon any search of media premises.

Whether the search of a media office can be considered reasonable will depend on a number of factors including the nature of the objects to be seized, the manner in which the search is to be conducted and the degree of urgency of the search. In particular, the justice of the peace must consider the effects of the search and seizure on the ability of the particular media organization in question to fulfil its function as a news gatherer and news disseminator. If a search will impede the media from fulfilling these functions and the impediments cannot reasonably be controlled through the imposition of conditions on the execution of the search warrant, then a warrant should only be issued where a compelling state interest is demonstrated. There must be no alternative source of information available or, if there is, reasonable steps must have been taken to obtain the information from that source. Alternatively, the search might be justified on the grounds of the gravity

de renseignements mais qu'elles fournissaient des éléments de preuve insuffisants, qu'elles n'étaient pas disponibles ou que les personnes ne voulaient pas témoigner. L'affidavit ne révélait pas que des experts en identification de la police se trouvaient sur les lieux. Un juge de paix a délivré un mandat de perquisition sur le fondement de l'affidavit. La GRC et des dirigeants de l'appelante ont convenu que les bandes vidéo devaient être placées dans une enveloppe scellée qui serait conservée par un juge de la Cour provinciale en attendant le résultat des présentes procédures.

L'appelante a demandé avec succès à la Cour du Banc de la Reine l'annulation du mandat et la remise des bandes saisies. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et maintenu l'attribution du mandat. Il s'agit en l'espèce de savoir si la liberté de la presse, garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, exige qu'un juge de paix, avant de décerner un mandat pour perquisitionner dans les bureaux d'un média, soit convaincu qu'il n'existe aucune autre source de renseignements raisonnable.

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson: La liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* n'ajoute pas d'exigences supplémentaires pour l'attribution des mandats de perquisition. Elle constitue une toile de fond qui permet d'évaluer si la perquisition est abusive et elle exige qu'on examine attentivement non seulement si un mandat devrait être décerné mais également les conditions dont peut à bon droit être assortie une perquisition dans les locaux d'un média.

Pour déterminer si une perquisition dans le bureau d'un média est abusive, il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs dont la nature des objets qui doivent être saisis, la manière d'effectuer la perquisition et son degré d'urgence. En particulier, le juge de paix doit examiner les effets de la perquisition et de la saisie sur la capacité du média visé d'exercer ses fonctions d'organisme de collecte et de diffusion des informations. Si une perquisition empêche le média d'exercer ces fonctions et que les empêchements ne peuvent être raisonnablement contrôlés par l'imposition de conditions à l'exécution du mandat de perquisition, alors le mandat ne devrait être décerné que lorsqu'il est possible de démontrer un intérêt primordial de l'État. Il doit n'exister aucune source pouvant fournir les mêmes renseignements ou, s'il y en a une, des mesures raisonnables doivent avoir été prises pour obtenir les renseignements de cette source. Subsidiairement, la perquisition peut être

of the offence under investigation and the urgent need to obtain the evidence expected to be revealed by the search.

The factors to be weighed with regard to issuing a warrant to search any premises will vary with the circumstances presented. Two factors — whether other sources exist, and whether reasonable efforts to obtain information from them have been exhausted and proved unsuccessful — had been identified in earlier jurisprudence as being necessary to the issuance of a search warrant for press facilities. It is impossible, however, to isolate these two factors from the numerous considerations which bear on assessment of the reasonableness of a search and label them as conditional prerequisites. The essential question is whether, taking into account all the circumstances and viewing them fairly and objectively, it can be said that the search was reasonable.

Less can be said for refusing to make that material available to the police where the media have fulfilled their role by gathering the news and publishing it. Arguments based on the “drying up” of the media’s sources of information and on the “chilling effect” on their sources become more difficult to sustain after the information has been released to the public. Should it be necessary, appropriate steps might be taken by the media to have the court determine what protection could properly be obtained.

Section 8 of the *Charter* protects the overall reasonableness of a search. The potentially damaging effect of a search and seizure upon the freedom and the functioning of the press is highly relevant to the assessment of the reasonableness of the search. Neither s. 2(b) nor s. 8 of the *Charter* requires that other sources of information be exhausted. Some flexibility in the balancing process must be preserved so that all the factors relevant to the individual case may be taken into consideration and properly weighed.

The following factors should be considered in issuing a search warrant for media premises. (1) The requirements of s. 487(1)(b) of the *Criminal Code* must be met. (2) The justice of the peace should then consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant and (3) ensure that a delicate balance is struck between the competing interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination. The press is truly an innocent third party; this factor is

justifiée sur le fondement de la gravité de l’infraction faisant l’objet de l’enquête et de l’urgence d’obtenir les éléments de preuve que la perquisition devrait révéler.

Les facteurs qui doivent être soupesés relativement à l’attribution d’un mandat de perquisition varient selon les circonstances. Deux facteurs — l’existence d’autres sources et le déploiement et l’insuccès d’efforts raisonnables pour obtenir les renseignements de ces sources — ont été identifiés dans la jurisprudence comme nécessaires à l’attribution d’un mandat de perquisition dans les locaux d’un média. Il est cependant impossible d’isoler ces deux facteurs des nombreux éléments qui ont une incidence sur le caractère non abusif d’une perquisition et de les identifier comme des préalables. La question essentielle est de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances et en les examinant avec justesse et objectivité, on peut dire que la perquisition était abusive.

Il y aurait moins d’arguments pour refuser à la police l’accès à ces documents lorsque le média a rempli son rôle, ayant recueilli et publié l’information. Les arguments fondés sur le «tarissement» des sources de renseignements et sur l’«effet de dissuasion» sur ces sources deviennent plus difficiles à soutenir après que les renseignements ont été rendus publics. Le cas échéant, des mesures appropriées pourraient être prises par le média pour que le tribunal détermine la protection qu’il y aurait lieu d’obtenir.

L’article 8 de la *Charte* garantit le caractère non abusif global d’une perquisition. La possibilité que la perquisition et la saisie aient des effets préjudiciables sur la liberté et le fonctionnement de la presse est très pertinente dans l’évaluation du caractère non abusif de la perquisition. Ni l’al. 2b) ni l’art. 8 de la *Charte* n’exigent que les autres sources de renseignements aient été épuisées. Le processus de pondération doit conserver une certaine souplesse de manière que tous les facteurs pertinents relativement à l’affaire donnée soient pris en compte et convenablement évalués.

Il faut prendre en considération les facteurs suivants pour décerner un mandat de perquisition visant les locaux d’un média. (1) Les exigences énoncées à l’al. 487(1)b) du *Code criminel* doivent être respectées. (2) Le juge de paix doit alors examiner toutes les circonstances pour déterminer s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat et (3) s’assurer qu’on a bien pondéré l’intérêt de l’État à découvrir et à poursuivre les criminels et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations. Les médias sont

most important in attempting to strike an appropriate balance, including the consideration of imposing conditions on that warrant. (4) The affidavit in support of the application must contain sufficient detail to enable a proper exercise of discretion as to whether or not to issue a search warrant. (5) Although not constitutionally required, the affidavit material should ordinarily disclose whether there are alternative sources, and if reasonable and alternative sources exist, whether those sources have been investigated and all reasonable efforts to obtain the information have been exhausted. (6) Dissemination of the information by the media in whole or in part will be a factor favouring the issuance of the search warrant. (7) If a justice of the peace determines that a warrant should be issued for the search of media premises, consideration should then be given to the imposition of some conditions on its implementation. (8) The search warrant may be found to be invalid if, after its issuance, it is found that pertinent information was not disclosed, or (9) if the search is unreasonably conducted.

Section 487 of the *Criminal Code* does no more than require that a justice of the peace, before issuing a search warrant, be satisfied that there are reasonable grounds to believe that something which will afford evidence with respect to the commission of a crime will be found in the described premises. The affidavit here met these requirements. The search did not impede the media's news gathering function and did not violate s. 8 notwithstanding any deficiency in the affidavit concerning alternative sources. There was no finding of bad faith with respect to the police affidavit which declared that alternative sources were pursued but proved unsuccessful and there was nothing nefarious in the failure to mention the presence of the identification officers at the scene.

Per La Forest J.: The appeal should be dismissed for the reasons given in *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*.

Per L'Heureux-Dubé J.: The appeal should be dismissed for the reasons expressed in *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*.

Per McLachlin J. (dissenting): The legal principles set out in *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard* apply here. The warrant violated the *Charter* and cannot be upheld. The justice of the peace, in the absence of information as why other sources would not

vraiment des tiers innocents; c'est un facteur tout particulièrement important à prendre en considération pour essayer de trouver un bon équilibre, notamment en étudiant la possibilité d'assortir ce mandat de certaines conditions. (4) L'affidavit présenté à l'appui de la demande doit contenir suffisamment de détails pour permettre un bon exercice du pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'attribution d'un mandat de perquisition. (5) Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence constitutionnelle, l'affidavit devrait ordinairement indiquer s'il y a d'autres sources de renseignements raisonnables et, dans l'affirmative, si elles ont été consultées et si tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements ont été épuisés. (6) La diffusion par le média, en tout ou en partie, des renseignements recherchés, favorisera l'attribution du mandat de perquisition. (7) Si un juge de paix décide de décerner un mandat de perquisition dans les locaux d'un média, il y a alors lieu d'examiner l'imposition de certaines conditions à son application. (8) Le mandat de perquisition peut être considéré comme invalide si, après son attribution, on découvre que des renseignements pertinents n'ont pas été communiqués, ou (9) si la perquisition est effectuée de manière abusive.

L'article 487 du *Code criminel* exige simplement que, avant de décerner un mandat de perquisition, le juge de paix soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une chose qui fournira une preuve touchant la perpétration d'une infraction se trouve dans le lieu décrit. En l'espèce, l'affidavit respectait ces exigences. La perquisition n'a pas empêché le média de recueillir les informations et n'a pas violé l'art. 8 malgré les lacunes de l'affidavit en ce qui concerne les autres sources de renseignements. Il n'y a aucune conclusion de mauvaise foi relativement à l'affidavit du policier qui a déclaré qu'on avait eu recours à d'autres sources de renseignements mais qu'elles s'étaient révélées insatisfaisantes, et il n'y a rien de fautif dans l'omission de mentionner la présence des agents d'identification sur les lieux.

Le juge La Forest: Le pourvoi est rejeté pour les motifs exposés dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Lessard*.

Le juge L'Heureux-Dubé: Le pourvoi est rejeté pour les motifs exposés dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Lessard*.

Le juge McLachlin (dissidente): Les principes juridiques exposés dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Lessard* s'appliquent en l'espèce. Le mandat viole la *Charte* et ne peut être confirmé. En l'absence de renseignements expliquant pourquoi les autres sources n'ose-

dare to testify or could not be subpoenaed to testify, was not in a position to determine if the issuance of the warrant was really necessary, or whether it was justified given the violation of *Charter* rights which it entailed.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); **referred to:** *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 23; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By La Forest J.

Applied: *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421.

By McLachlin J. (dissenting)

Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard, [1991] 3 S.C.R. 421.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 8, 24.

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 41.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 443(1)(b), (d), (e) [am. 1985, c. 19, s. 69].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 487(1)(b), (d), (e) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 68].

United States Constitution, First Amendment.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1989), 104 N.B.R. (2d) 1, 261 A.P.R. 1, 68 D.L.R. (4th) 502, 55 C.C.C. (3d) 133, allowing an appeal from a judgment of Daigle J. (1989), 98 N.B.R. (2d) 306, 248 A.P.R. 306. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting.

André G. Richard, Marie-Philippe Bouchard and Michael Hughes, for the appellant.

Graham J. Sleeth, for the respondent.

raient pas témoigner ou ne pouvaient être assignés à témoigner, le juge de paix n'était pas en mesure de déterminer si l'attribution du mandat était vraiment nécessaire ni si elle était justifiée, étant donné l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* qu'elle a occasionnée.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); **arrêts mentionnés:** *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 23; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Société Radio-Canada c. Lessard, [1991] 3 R.C.S. 421.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 8, 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1)(b), (d), (e) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 68].

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 443(1)(b), (d), (e) [mod. 1985, ch. 19, art. 69].

Constitution des États-Unis, Premier amendement.

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 41.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1989), 104 R.N.-B. (2^e) 1, 261 A.P.R. 1, 68 D.L.R. (4th) 502, 55 C.C.C. (3d) 133, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge Daigle (1989), 98 R.N.-B. (2^e) 306, 248 A.P.R. 306. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin est dissidente.

André G. Richard, Marie-Philippe Bouchard et Michael Hughes, pour l'appelante.

Graham J. Sleeth, pour l'intimé.

Richard G. Dearden and Randall J. Hofley, for the interveners the Canadian Association of Journalists.

Richard G. Dearden et Randall J. Hofley, pour l'intervenante l'Association canadienne des journalistes.

The following are the reasons delivered by

^a Version française des motifs rendus par

LA FOREST J.—For the reasons given in *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, issued concurrently, I would dismiss the appeal.

^b LE JUGE LA FOREST—Pour les motifs énoncés dans l'arrêt connexe *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Having had the benefit of my colleague Justice Cory's opinion, I agree with the result he reaches. I do so, however, for the reasons I expressed in *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, which substantially conform to those of Angers J.A. in the Court of Appeal. That case was argued at the same time, raises the same issue and judgment was also delivered today.

^c LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory et je souscris à sa conclusion. Toutefois, je le fais pour des motifs substantiellement conformes à ceux du juge Angers en Cour d'appel, motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, appel qui, plaidé en même temps, soulève la même question et dont le jugement a également été rendu ce jour.

Accordingly, I would dismiss the appeal.

^e Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

The judgment of Sopinka, Gonthier, Cory and Stevenson JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier, Cory et Stevenson rendu par

CORY J.—This appeal is concerned with the factors that should be taken into account by a justice of the peace when determining whether to issue a warrant to search the premises of a media organization that is not implicated in the crime under investigation. Specifically, the Court must determine whether freedom of the press, as protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, requires that a justice of the peace, before issuing a warrant to search media offices, be satisfied that no reasonable alternative source of the information exists.

^f LE JUGE CORY—Le présent pourvoi porte sur les facteurs dont un juge de paix devrait tenir compte lorsqu'il décide s'il doit décerner un mandat autorisant une perquisition dans les locaux d'un média qui n'est pas impliqué dans le crime faisant l'objet de l'enquête. Plus précisément, la Cour doit déterminer si la liberté de la presse, garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, exige qu'un juge de paix, avant de décerner un mandat pour perquisitionner dans les bureaux d'un média, soit convaincu qu'il n'existe aucune autre source de renseignements raisonnable.

Factual Background

In early September of 1988, demonstrations were held in the Kedgewick-St-Quentin regions of New Brunswick to protest the policies of the Fraser Co., a large pulp and paper concern. On September 10, dur-

Les faits

ⁱ Au début de septembre 1988, des manifestations ont eu lieu dans la région de Kedgewick et de St-Quentin au Nouveau-Brunswick pour protester contre les politiques de la société Fraser, une importante entreprise de pâtes et papier. Le 10 septembre, pendant l'une de ces manifestations, des cocktails Molo-

ing one of those protests, Molotov cocktails were thrown at a company guardhouse, setting it on fire.

While the police had turned out in force during much of the demonstration, only a handful were present when the guardhouse was ignited. Among the remaining officers were identification specialists. As well, a number of police informers were circulating among the crowd to help identify any wrongdoers. As might be expected, members of the media were on the scene, including reporters of the Canadian Broadcasting Corporation (the CBC) who recorded much of the protest on videotape.

Officer Marcel Ouellette of the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP) swore an information in support of an application for a search warrant to seize from the CBC tapes, films and videocassettes recording the events of September 9 and 10, 1988 at St-Quentin. Officer Ouellette described the material to be seized as follows:

... tapes, and/or films and/or videocassettes and/or portions of films or videotapes commonly known as "outs" or "out-takes", the latter being portions of tape or videocassette from a lengthier film or videocassette and not subsequently used for transmission by the facility of Radio-Canada ...

In his information, officer Ouellette explained that while other sources of information existed, they, for various reasons, either provided insufficient evidence or else were unavailable or unwilling to testify. It was set out in this way in the information:

4) THAT all three informants have expressed fear for their own physical safety which I do verily believe is reasonable in the circumstances in view of the high tensions surrounding the disputes with Fraser Inc., such apprehension in the view of your deponent is aptly justified. All three informants live within the area.

10) THAT as a result of the information conveyed to me by Constables FORTIN and GLADU earlier referred to

toiv lancés en direction d'un poste de garde de la compagnie y ont mis le feu.

Bien que les policiers aient été nombreux pendant une grande partie de la manifestation, il n'y en avait qu'une poignée lorsque le poste de garde a été incendié. Parmi les policiers qui restaient, il y avait des spécialistes de l'identification. De même, un certain nombre d'indicateurs de la police circulaient parmi les manifestants pour aider à identifier les malfaiteurs éventuels. Comme il fallait s'y attendre, des journalistes étaient sur les lieux, y compris des journalistes de la Société Radio-Canada (la SRC) qui ont enregistré une grande partie de la manifestation sur bande vidéo.

L'agent Marcel Ouellette de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) a signé une dénonciation à l'appui de sa demande de mandat de perquisition en vue de saisir auprès de la SRC des bandes magnétiques, des films et des vidéocassettes sur lesquels les événements des 9 et 10 septembre 1988 à St-Quentin ont été enregistrés. L'agent Ouellette a décrit les objets qui devaient être saisis de la manière suivante:

[TRADUCTION] ... des bandes magnétiques, des films et des vidéocassettes et des parties de films ou de bandes vidéo communément appelées «chutes» ou «rebuts de montage», qui sont des extraits de bandes magnétiques ou de vidéocassettes tirés d'un film plus long ou d'une vidéocassette plus longue et qui n'ont pas été utilisés en ondes par Radio-Canada ...

Dans sa dénonciation, l'agent Ouellette a expliqué que bien qu'il y avait d'autres sources de renseignements, pour diverses raisons, elles fournissaient des éléments de preuve insuffisants ou n'étaient pas disponibles ou les personnes ne voulaient pas témoigner. Voici ce que disait la dénonciation:

[TRADUCTION] 4) QUE les trois indicateurs ont exprimé des craintes à l'égard de leur propre sécurité, ce qui est à mon avis véritablement raisonnable dans les circonstances compte tenu des tensions entourant le conflit avec la société Fraser Inc.; une telle crainte, à mon avis est entièrement justifiée. Les trois indicateurs vivent dans la région.

10) QUE par suite des renseignements transmis par les agents FORTIN et GLADU mentionnés précédemment,

which I do verily believe I have reasonable grounds to believe that the information contained in the said film or portions thereof will afford relevant evidences for the prosecution of a criminal offence, evidence which would not otherwise be available due to:

- (a) The considerable confusion at the scene;
- (b) The limited number of R.C.M.P. officers available at the time for identification purposes;
- (c) The darkness and general visibility problems at the time preventing easy eye witness identification by the Royal Canadian Mounted Police.

11) THAT alternative sources of information have been exhausted, such as the use of informants as earlier referred to; the informants having made it very clear to your deponent that they do not dare come forward and testify in court of law.

12) THAT despite considerable investigation effort in the area, no eye witnesses are prepared to come forward and describe the events and give evidence against the participants in the attempted and actual criminal activities.

13) THAT as the result of the three paragraphs above, your deponent does have reason to believe and does believe that there are no other means available to the police for obtaining evidences for the proper determination of possible charges.

The information did not reveal that police identification experts were also present at the scene. Relying upon the information of officer Ouellette, a justice of the peace issued the requested search warrant on October 26, 1988. The following day, three RCMP officers attended at the offices of the CBC in Moncton. The officers and officials from the CBC agreed to place the videotapes in question in a sealed envelope to be held by Judge McIntyre of the Provincial Court pending the outcome of these proceedings.

On December 22, 1988, the CBC brought an application to quash the warrant and to order the return of the seized tapes. On April 7, 1989 Daigle J. quashed the warrant. On December 22, 1989 the Court of Appeal allowed the Crown's appeal and upheld the issuance of the warrant.

et que je crois exacts, j'ai des motifs raisonnables de croire que les renseignements contenus dans ces films ou parties de films permettront d'obtenir des éléments de preuve pertinents pour la poursuite d'une infraction criminelle. Il est impossible d'obtenir autrement ces éléments de preuve pour les raisons suivantes:

- a) Le désordre considérable qui régnait sur les lieux;
- b) Le nombre limité d'agents de la GRC disponibles à ce moment-là à des fins d'identification;
- c) La noirceur et des problèmes généraux de visibilité à ce moment-là, qui ont empêché la Gendarmerie royale du Canada d'identifier facilement les manifestants.

11) QU'ont été épuisées les autres sources de renseignements, comme l'utilisation d'indicateurs mentionnés précédemment; les indicateurs m'ayant indiqué très clairement qu'ils n'osent pas se présenter et témoigner en cour.

12) QUE malgré une enquête approfondie dans la région, aucun témoin oculaire n'est prêt à venir décrire les événements et à déposer contre les participants aux tentatives d'actes criminels et aux actes criminels eux-mêmes.

13) QUE par suite des trois paragraphes qui précèdent, j'ai des raisons de croire qu'il n'existe pour les policiers aucun autre moyen d'obtenir des éléments de preuve qui permettent de bien déterminer les accusations possibles.

La dénonciation ne révèle pas que des experts en identification de la police se trouvaient sur les lieux. Sur le fondement de la dénonciation de l'agent Ouellette, un juge de paix a décerné le mandat demandé le 26 octobre 1988. Le lendemain, trois agents de la GRC se sont présentés aux bureaux de la SRC à Moncton. Les agents et des dirigeants de la SRC ont convenu de placer les bandes vidéo en question dans une enveloppe scellée qui serait conservée par le juge McIntyre de la Cour provinciale en attendant le résultat des présentes procédures.

Le 22 décembre 1988, la SRC a demandé l'annulation du mandat et la remise des bandes saisies. Le 7 avril 1989, le juge Daigle a annulé le mandat. Le 22 décembre 1989, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et a maintenu l'attribution du mandat.

Judgments Below*Court of Queen's Bench* (1989), 98 N.B.R. (2d) 306

Daigle J. found that the information sworn by Ouellette met all of the explicit requirements of s. 487(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 443(1)(b)). In his opinion, therefore, in the ordinary case, the information could properly form the basis for a decision authorizing the requested search warrant.

He went on to hold, however, that the *Charter* required that further conditions be satisfied when a warrant is sought to search the premises of a media organization. In reaching this conclusion, he relied on the decisions of the British Columbia Supreme Court in *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487 and of this Court in *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, both of which I shall discuss below. Although noting that these decisions pre-dated the *Charter*, Daigle J. held that the two requirements set out in *Pacific Press* had to be met in the present case; specifically, he held that the warrant application must show that no alternative source of information was available and if available, that reasonable steps were taken to obtain the information from that source. Daigle J. put his position in this way (at p. 332):

[TRANSLATION] I am therefore of the opinion that the two conditions stated in *Re Pacific Press Ltd.* are the minimal standards to be used by a justice of the peace when determining whether to issue a warrant to ensure the protection of the freedom of the press such as enjoyed by Société Radio-Canada in this matter. Therefore, before allowing the search of Radio-Canada offices to find evidence dealing with the commission of offences, the Provincial Court judge, acting within her jurisdiction as provided in s. 443(1)(b), should have, in order not to exceed her jurisdiction, refused to issue the warrant unless she was convinced that no alternative source of obtaining the evidence or information was available, and if available, that reasonable steps had been taken to obtain the information and evidence from that source.

Les jugements des instances inférieures*Cour du Banc de la Reine* (1989), 98 R.N.-B. (2^e) 306

Le juge Daigle a conclu que la dénonciation déposée par Ouellette satisfaisait à toutes les exigences explicites de l'al. 487(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (anciennement l'al. 443(1)b)). Par conséquent, à son avis, dans un cas ordinaire, la dénonciation pourrait à bon droit constituer le fondement d'une décision autorisant le mandat de perquisition demandé.

Toutefois, il a conclu que la *Charte* exigeait le respect d'autres conditions lorsqu'un mandat est demandé pour perquisitionner dans les locaux d'un média. Pour arriver à cette conclusion, il s'est fondé sur les arrêts de la Cour suprême de la Colombie-Britannique *Re Pacific Press Ltd. and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 487, et de notre Cour *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, que j'analyserai plus loin. Bien qu'il ait noté que ces arrêts étaient antérieurs à la *Charte*, le juge Daigle a conclu que les deux exigences établies dans l'arrêt *Pacific Press* devaient être satisfaites en l'espèce; précisément, il a conclu qu'il doit ressortir de la demande de mandat qu'il n'existe pas d'autre source de renseignements et, s'il y en a, que des mesures raisonnables ont été prises pour obtenir les renseignements de cette source. Le juge Daigle a établi sa position de la manière suivante (à la p. 332):

En définitive, je suis d'avis que les deux conditions énoncées dans *Re Pacific Press Ltd.* représentent la mesure minimale qu'il convient d'imposer à l'appréciation du juge de paix afin d'assurer la protection de la liberté de la presse dont jouit en l'espèce la Société Radio-Canada. Ainsi, en l'espèce, avant de permettre la perquisition des locaux de Radio-Canada pour y chercher des preuves touchant la perpétration d'infractions, le juge de la Cour provinciale, agissant en deçà de sa compétence prévue au par. 443(1)b), aurait dû, sous peine d'excéder sa compétence, refuser la délivrance du mandat à moins d'être convaincu qu'il n'existait pas de source alternative pouvant fournir les renseignements ou moyens de preuve recherchés et si cette source existait, que des mesures raisonnables avaient été prises pour les obtenir.

In considering the application of these principles to the present case, Daigle J. expressed his concern that officer Ouellette had failed to refer to the presence of the police identification experts at the scene. Although he found that there was no bad faith on the part of the police, he determined that the warrant should be quashed on the basis that the police had failed to make full disclosure as to possible alternative sources of information.

New Brunswick Court of Appeal (1989), 104 N.B.R. (2d) 1

Angers J.A., for himself and Ayles J.A., held that the only conditions imposed on the issuance of a warrant were those explicitly set out in s. 487 (formerly s. 443) of the *Criminal Code*.

Angers J.A. expressed the view that in determining whether to issue a warrant, a justice of the peace must consider the nature of the crime alleged, the probative value of the item to be seized, the location of the requested search and the consequences of the search on innocent parties. It was his view that so long as the justice of the peace had considered these factors, it was not essential to review evidence as to the availability of alternative sources. Angers J.A. rejected the contention that the media are entitled to special consideration in this regard and, therefore, concluded that the seizure of the tapes in this case did not violate the freedom of press protected by s. 2(b) of the *Charter*. He wrote (at p. 15):

[TRANSLATION] In the instant case, the evidence produced by the respondent only establishes an indirect relationship and I would even say a speculative relationship between the seizure of videocassettes and the drying-up of news sources. At the limit, the argument of the journalist would be that a criminal would not allow himself to be filmed while committing a crime out of fear that the seizure of the film would allow the police to identify him.

Rice J.A. wrote concurring reasons. In his opinion, it is not necessarily incumbent upon the police to provide information concerning the availability of alternative sources, although a justice of the peace would be entitled to refrain from issuing a warrant if the

Lorsqu'il a examiné l'application de ces principes à l'espèce, le juge Daigle s'est préoccupé du fait que l'agent Ouellette n'avait pas mentionné la présence des experts en identification de la police sur les lieux. Bien qu'il ait conclu qu'il n'y avait pas de mauvaise foi, il a déterminé que le mandat devait être annulé sur le fondement que la police n'avait pas communiqué toutes les autres sources possibles de renseignements.

Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1989), 104 R.N.-B. (2^e) 1

Le juge Angers, en son nom et au nom du juge Ayles, a conclu que les seules conditions imposées pour qu'un mandat soit décerné sont celles énoncées de façon explicite à l'art. 487 (anciennement l'art. 443) du *Code criminel*.

Le juge Angers a exprimé l'opinion que pour déterminer s'il doit décerner un mandat, un juge de paix doit tenir compte de la nature du crime allégué, de la valeur probante de l'objet qui doit être saisi, de l'endroit où doit être effectuée la perquisition demandée et des conséquences de la perquisition sur des parties innocentes. À son avis, pour peu que le juge de paix ait tenu compte de ces facteurs, il n'est pas essentiel d'examiner la preuve quant à l'existence d'autres sources. Le juge Angers a rejeté l'argument selon lequel les médias ont droit à une considération spéciale à cet égard et, par conséquent, a conclu que la saisie des bandes en l'espèce ne viole pas la liberté de presse garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il a écrit (à la p. 15):

Dans l'instance, la preuve offerte par l'intimée ne démontre qu'une relation indirecte et je dirais même spéculative entre la saisie des vidéocassettes et le tarissement des sources d'information. Poussé à sa limite, l'argument du journaliste serait qu'un criminel ne le laisserait plus filmer la perpétration de son crime de crainte que par une saisie du film, la police puisse l'identifier.

Le juge Rice a rédigé des motifs concordants. À son avis, il n'incombe pas nécessairement à la police de fournir des renseignements concernant l'existence d'autres sources, bien qu'un juge de paix ait le droit de ne pas décerner de mandat si la police ne fournit

police did not provide this information. Rice J.A. added that, in any event, any concern about a breach of the *Charter* should be addressed by the justice of the peace and not the reviewing judge.

Relevant Legislation

Section 487 (formerly s. 443) of the *Criminal Code* provides:

487. (1) A justice who is satisfied by information on oath in Form 1 that there are reasonable grounds to believe that there is in a building, receptacle or place

(b) anything that there is reasonable ground to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence against this Act or any other Act of Parliament,

may at any time issue a warrant under his hand authorizing a person named therein or a peace officer

(d) to search the building, receptacle or place for any such thing and to seize it, and

(e) subject to any other Act of Parliament, to, as soon as practicable, bring the thing seized before, or make a report in respect thereof to, the justice or some other justice for the same territorial division in accordance with section 489.1.

Requirements for Obtaining a Search Warrant and the Discretion of the Issuing Officer

Section 487 of the *Criminal Code* sets out the only requirements which must be met for the issuance of a search warrant. They are but two. It must be demonstrated that reasonable grounds exist to believe 1) that there is in a building, receptacle or place; 2) something that will afford evidence with respect to the commission of an offence against the *Code* or any other Act of Parliament.

The section, by the use of the word "may", recognizes that the justice of the peace has a discretion to

pas ces renseignements. Le juge Rice a ajouté que, de toute façon, c'est au juge de paix et non au juge qui siège en révision à examiner toute question relative à une violation de la *Charte*.

Textes législatifs pertinents

L'article 487 (anciennement l'art. 443) du *Code criminel* prévoit:

487. (1) Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment selon la formule 1, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, selon le cas:

b) une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction à la présente loi, ou à toute autre loi fédérale;

peut à tout moment décerner un mandat sous son seing, autorisant une personne qui y est nommée ou un agent de la paix:

d) d'une part, à faire une perquisition dans ce bâtiment, contenant ou lieu, pour rechercher cette chose et la saisir;

e) d'autre part, sous réserve de toute autre loi fédérale, dans les plus brefs délais possible, à transporter la chose devant le juge de paix ou un autre juge de paix de la même circonscription territoriale ou en faire rapport, en conformité avec l'article 489.1.

Les exigences pour obtenir un mandat de perquisition et le pouvoir discrétionnaire de la personne qui le décerne

L'article 487 du *Code criminel* énonce les seules exigences auxquelles il doit être satisfait pour qu'un mandat de perquisition soit décerné. Il y en a deux. Il faut démontrer qu'il existe des motifs raisonnables de croire 1) que, dans un bâtiment, contenant ou lieu; 2) se trouve une chose qui fournira une preuve touchant la commission d'une infraction au *Code* ou à toute autre loi fédérale.

Par l'utilisation du terme «peut», l'article reconnaît que le juge de paix a le pouvoir discrétionnaire de

determine whether to issue the warrant. The two decisions referred to above, one by the British Columbia Supreme Court and the other by the Supreme Court of Canada, have discussed the nature of this discretion.

1. *Re Pacific Press Ltd. and The Queen*

In *Pacific Press*, *supra*, journalists had observed individuals picketing and then occupying the premises in which the Restrictive Trade Practices Commission was to hold an inquiry. The obstruction of an inquiry constitutes an offence under s. 41 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. Combines Investigation officers contacted the editor of *The Vancouver Sun*, asking for information as to the identity of the individuals involved in the picketing and occupation. The editor refused to provide this information.

Combines officers then applied for a search warrant in order to obtain the desired information from *The Vancouver Sun* and *The Province*, both of which were owned by Pacific Press Limited. The warrants were issued and served the next day. The search was conducted in the area where newspapers were being prepared for publication. Some 77 pieces of paper, a number of handwritten notes and 69 frames of negative film were seized together with a reporter's private "contact book" which contained a list of the names and addresses of people who acted as sources of information for the newspapers. In considering the application of Pacific Press Ltd. to quash the warrant, Nemetz C.J. observed, at p. 489, that "[t]here is little doubt that the search disrupted the operation of the newspapers and delayed the preparation and publication of both newspapers that day."

Nemetz C.J. found that there was a defect in the search warrant for *The Province* which rendered it invalid. He then addressed the issue of whether, because *The Vancouver Sun* was a press organization, a justice of the peace could issue a warrant in the absence of proof that no reasonable alternative to the

déterminer s'il doit décerner le mandat. La nature de ce pouvoir discrétionnaire est étudiée dans les deux arrêts mentionnés précédemment, l'un de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et l'autre de la Cour suprême du Canada.

1. *Re Pacific Press Ltd. and The Queen*

Dans l'arrêt *Pacific Press*, précité, les journalistes avaient observé des personnes qui manifestaient et qui ont occupé les locaux dans lesquels la Commission sur les pratiques restrictives du commerce devait tenir une enquête. L'obstruction à une enquête constitue une infraction aux termes de l'art. 41 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. Des fonctionnaires chargés des enquêtes sur les coalitions ont communiqué avec le rédacteur en chef du *Vancouver Sun* et lui ont demandé des renseignements au sujet de l'identité des personnes impliquées dans la manifestation et dans l'occupation. Le rédacteur en chef a refusé de fournir ces renseignements.

Les fonctionnaires ont alors demandé un mandat de perquisition afin d'obtenir les renseignements désirés du *Vancouver Sun* et du *Province*, qui étaient tous deux la propriété de Pacific Press Limited. Les mandats ont été décernés et signifiés le lendemain. La perquisition a été menée à l'endroit où les journaux étaient préparés en vue de leur publication. Environ 77 feuilles de papier, un certain nombre de notes manuscrites et 69 négatifs ont été saisis ainsi que le «carnet de contacts» privé d'un journaliste, qui contenait une liste des noms et adresses des gens qui agissaient à titre de source de renseignements pour les journaux. Lorsqu'il a examiné la demande d'annulation du mandat présentée par Pacific Press Ltd., le juge en chef Nemetz a fait remarquer, à la p. 489, qu'[TRADUCTION] «[i]l y a peu de doute que la perquisition a perturbé le fonctionnement de l'entreprise et a retardé la préparation et la publication des deux journaux ce jour-là.»

Le juge en chef Nemetz a conclu que le mandat de perquisition visant *The Province* était vicié, ce qui le rendait invalide. Il a ensuite examiné la question de savoir si, parce que *The Vancouver Sun* était un organisme de presse, un juge de paix pouvait décerner un mandat en l'absence de preuve qu'il n'y avait aucun

search existed as a means of obtaining the desired evidence. In considering this question, Nemetz C.J. adopted a passage from the judgment of Lord Denning in *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 23, which recognizes the news media as occupying a "special position" in relation to search warrants and, in particular, recognizes the difficult and careful balancing required when freedom of the press rights collide with the state interest in investigating and prosecuting crime through the use of search warrants.

Expressing his agreement with this view, Nemetz C.J. concluded at pp. 494-95:

Where, then, does the matter stand in Canada? Counsel for the petitioner submits that Parliament has accorded the free press a special place under the *Canadian Bill of Rights*. Accordingly, he argues, ss. 1(f) and 2, must be taken into consideration and weighed by the Justice of the Peace before he exercises his judicial discretion to grant the issuance of a search warrant against an organ of the free press of this country. *A fortiori*, he says, this fact is to be weighed in cases where the premises of the newspaper are not the premises of those persons accused of the crime. I agree with this submission. Furthermore, he submits, it was wrong, in the circumstances, to attempt to render the press an investigative arm of the State when other means of obtaining the names of the persons involved in the melee at the combines hearing may have been available. In particular, counsel points to the fact that many persons other than the newspaper people were in attendance at the combines office on the days in question and the material does not show whether these other people were approached to establish the identity of the participants in the fracas.

The issuing of any search warrant is a serious matter, especially when its issuance against a newspaper may have, as it did, the effect of impeding its publication. To use the words of my distinguished predecessor in *United Distillers Ltd.* (1948), 88 C.C.C. 338, [1947] 3 D.L.R. 900, the Justice of the Peace "should have reasonable information before him to entitle him to judicially decide whether such warrant should issue or not". In my opinion, no such reasonable information was before him since there was no material to show:

autre moyen raisonnable que la perquisition pour obtenir les éléments de preuve désirés. Lorsqu'il a examiné cette question, le juge en chef Nemetz a fait sien un extrait de la décision de lord Denning dans *Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 23, qui a reconnu la «situation spéciale» des médias en ce qui concerne les mandats de perquisition et, en particulier, l'appréciation difficile et minutieuse qu'il y a lieu de faire lorsque la liberté de la presse entre en conflit avec l'intérêt de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels par l'utilisation de mandats de perquisition.

Faisant sienne cette opinion, le juge en chef Nemetz a conclu, aux pp. 494 et 495:

[TRADUCTION] Alors, comment se pose la question au Canada? L'avocat de la requérante soutient que le législateur a réservé un statut particulier à la presse dans la *Déclaration canadienne des droits*. Par conséquent, selon lui, le juge de paix doit tenir compte de l'al. 1f) et de l'art. 2 avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de décerner un mandat de perquisition contre un organisme de la presse libre du pays. Il faut, à plus forte raison, en tenir compte lorsque le journal n'est pas soupçonné d'avoir participé à l'infraction. Je souscris à cet argument. Qui plus est, il soutient qu'il était erroné, dans les circonstances, de tenter de faire de la presse un service d'enquête de l'État lorsqu'il y a d'autres moyens d'obtenir les noms des personnes ayant participé à la manifestation lors de l'audience. En particulier, l'avocat souligne qu'un grand nombre de personnes autres que les journalistes étaient présentes au bureau des enquêtes sur les coalitions le jour en question et il ne ressort pas de la preuve qu'on ait communiqué avec ces personnes pour établir l'identité des manifestants.

L'attribution d'un mandat de perquisition est une affaire grave, notamment lorsque son attribution à l'encontre d'un journal peut empêcher, comme c'est le cas en l'espèce, sa publication. Selon les termes employés par mon distingué prédécesseur dans l'affaire *United Distillers Ltd.* (1948), 88 C.C.C. 338, [1947] 3 D.L.R. 900, le juge de paix «devrait disposer de suffisamment de renseignements pour lui permettre de décider de façon judiciaire s'il doit ou non décerner un tel mandat». À mon avis, il ne disposait pas de suffisamment de renseignements puisqu'il n'y avait pas de pièce pour démontrer:

1. whether a reasonable alternative source of obtaining the information was or was not available, and
2. if available, that reasonable steps had been taken to obtain it from that alternative source.

2. *Descôteaux v. Mierzwinski*

In *Descôteaux v. Mierzwinski*, *supra*, this Court considered whether a search which was said to impinge upon solicitor-client privilege was permitted under what is now s. 487 of the *Criminal Code*. In that case, Mierzwinski had allegedly lied to a lawyer at a legal aid clinic with respect to his finances. At issue was the validity of a search warrant to search the offices of the clinic to find the form upon which Mierzwinski made his financial declaration. Lamer J., as he then was, writing for the Court, found that since it was the financial declaration itself which was alleged to be fraudulent, it was not subject to solicitor-client privilege.

In the course of his reasons, Lamer J. discussed the jurisdiction of a justice of the peace to issue a search warrant and noted that the jurisdiction did not, in any way, depend on the nature of the premises to be searched. That is to say, a search could be authorized of any premises within a residence, lawyer's office or media organization.

Lamer J. observed, however, that a justice of the peace could lose jurisdiction if sufficient protection were not given to the fundamental right of freedom of the press. At pages 889-91, he held:

The justice of the peace, in my view, has the authority, where circumstances warrant, to set out execution procedures in the search warrant; I would even go so far as to say that he has the right to refuse to issue the warrant in special circumstances, such as those found in *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, *supra*.

That case involved a search of a newspaper office for information gathered by the newspaper staff. Neither the

1. s'il existait une autre source pouvant fournir les mêmes renseignements, et
2. dans l'affirmative, que des mesures raisonnables avaient été prises pour obtenir les renseignements de cette autre source.

2. *Descôteaux c. Mierzwinski*

Dans l'arrêt *Descôteaux c. Mierzwinski*, précité, notre Cour a examiné la question de savoir si une perquisition qui, prétendait-on, portait atteinte au privilège du secret professionnel de l'avocat était autorisée en vertu de l'art. 487 actuel du *Code criminel*. Dans cette affaire, Mierzwinski aurait menti à un avocat d'un service d'aide juridique sur sa situation financière. La question portait sur la validité du mandat de perquisition pour fouiller le bureau du service afin de trouver le formulaire sur lequel Mierzwinski avait fait sa déclaration financière. Le juge Lamer, maintenant Juge en chef, au nom de la Cour, a conclu que puisque c'était la déclaration financière elle-même qui était présumément frauduleuse, elle n'était pas assujettie au privilège du secret professionnel de l'avocat.

Dans ses motifs, le juge Lamer a examiné la question de la compétence d'un juge de paix de décerner un mandat de perquisition et a remarqué que la compétence ne dépendait d'aucune façon de la nature des lieux où devait être effectuée la perquisition. C'est-à-dire qu'une perquisition pouvait être autorisée que ce soit dans une résidence, un cabinet d'avocat ou les locaux d'un média.

Toutefois, le juge Lamer a fait remarquer qu'un juge de paix pouvait perdre sa compétence si une protection suffisante n'était pas accordée au droit fondamental de la liberté de la presse. Aux pages 889 à 891 il a dit:

Le juge de paix a, selon moi, le pouvoir, lorsque les circonstances le commandent, d'assortir le mandat de perquisition de modalités d'exécution; j'irais même jusqu'à lui reconnaître le droit de refuser le mandat dans certaines circonstances très particulières, telles celles que l'on trouve dans *Re Pacific Press Ltd. and The Queen et al.*, précitée.

Dans cette cause il s'agissait de la perquisition des locaux d'un journal et on était à la recherche de rensei-

newspaper staff nor the newspaper itself were accused of having been involved in the commission of an offence. In view of the special situation of a newspaper in light of ss. 1(f) and 2 of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, Nemetz C.J. of the British Columbia Supreme Court quashed the search warrant issued by the justice of the peace . . .

It could be advanced that the two conditions set out by Nemetz C.J. should be met before a warrant is issued whenever a search is sought to be conducted, under 443(1)(b), of premises occupied by an innocent third party which are not alleged by the information to be connected in any way with the crime. It is not necessary for purposes of this appeal to decide that point. It is sufficient to say that in situations such as the one in *Re Pacific Press Ltd.*, where the search would interfere with rights as fundamental as freedom of the press, and, as in the case at bar, a lawyer's client's right to confidentiality, the justice of the peace may and should refuse to issue the warrant if these two conditions have not been met, lest he exceeds the jurisdiction he had *ab initio*. [Emphasis added.]

From this I take it that if the failure to meet these two conditions would interfere with the freedom of the press, this could result in a loss of jurisdiction. Such a failure would not necessarily result in an automatic loss of jurisdiction. It must not be forgotten that in the *Pacific Press* case, the search significantly interfered with the operations of the newspaper resulting in a delay in publication of the news. Today that same situation would require a Court to take into consideration ss. 8 and 24 of the *Charter*.

The decisions in both *Descôteaux* and *Pacific Press* recognized that a justice of the peace has a discretion to determine whether to issue a search warrant. In exercising this discretion, a balance must be struck between the interests of the state in investigating and prosecuting crime and the privacy interests of the individual or body whose premises the state wishes to search. Both cases indicate that a proper balancing of these interests must involve a consideration of the effects of the search on both the ability of

gnements recueillis par le personnel du journal. La dénonciation n'alléguait aucunement que le personnel du journal ou le journal lui-même étaient impliqués dans la commission d'une infraction. Eu égard à la situation exceptionnelle dans laquelle se trouve placé un journal compte tenu des art. 1f) et 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, le juge en chef Nemetz de la Cour suprême de la Colombie-Britannique cassait le mandat de perquisition délivré par le juge de paix . . .

On pourrait suggérer que les deux conditions énoncées par le juge en chef Nemetz devraient être satisfaites avant de délivrer un mandat chaque fois qu'il s'agit d'une perquisition, sous 443(1)b), de lieux occupés par un tiers-innocent que ne relie aucunement au crime les allégations contenues à la dénonciation. Il n'est pas nécessaire pour les fins de ce pourvoi d'en décider. Il suffit de dire que dans des cas tels que celui de *Re Pacific Press Ltd.*, où la perquisition porterait atteinte à des droits aussi fondamentaux que la liberté de la presse, et, comme en l'espèce, le droit à la confidentialité du client de l'avocat, le juge de paix peut et doit, sous peine d'excéder la compétence qu'il avait *ab initio*, refuser la délivrance du mandat si ces deux conditions n'ont pas été satisfaites. [Je souligne.]

J'en retiens que si le défaut de satisfaire à ces deux conditions porte atteinte à la liberté de la presse, il peut en résulter une perte de compétence. Un tel défaut n'entraîne pas nécessairement une perte de compétence systématique. Il ne faut pas oublier que dans l'arrêt *Pacific Press*, la perquisition avait perturbé de façon importante le fonctionnement du journal et avait entraîné un retard dans la publication de l'information. De nos jours, dans la même situation, un tribunal serait tenu de prendre en considération les art. 8 et 24 de la *Charte*.

Les arrêts *Descôteaux* et *Pacific Press* ont reconnu qu'un juge de paix a le pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat de perquisition. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il faut trouver le point d'équilibre entre les intérêts de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels et les intérêts en matière de protection de la vie privée des individus ou de confidentialité des organismes dont l'État désire fouiller les locaux. Il ressort des deux arrêts que pour bien apprécier ces intérêts, il faut examiner les effets de la

the police to proceed with their investigation and the ability of those being searched to carry out their functions.

perquisition sur la capacité à la fois des policiers de mener leur enquête et de ceux qui font l'objet de la perquisition d'exercer leurs fonctions.

In *Pacific Press*, the search disrupted the operation of a corporation which was not implicated in the crime being investigated and delayed the publication of its newspaper. These factors weighed heavily in the determination that the search warrant was not valid. Perhaps the only circumstance which could have counterbalanced and outweighed the serious interference with the operations of the media organization was a demonstrated necessity to obtain the information. This necessity could have been demonstrated by establishing that:

Dans l'arrêt *Pacific Press*, la perquisition a gêné le fonctionnement d'une entreprise qui n'était pas impliquée dans le crime faisant l'objet de l'enquête et a retardé la publication de son journal. Ces facteurs ont eu une grande importance dans la décision que le mandat de perquisition n'était pas valide. La nécessité d'obtenir le renseignement, si elle avait été démontrée, est peut-être le seul élément qui aurait pu l'emporter sur l'atteinte grave au fonctionnement du média. Il aurait été possible de démontrer cette nécessité par l'établissement de l'un ou l'autre des éléments suivants:

1. no other reasonable alternative source of obtaining the information was available, or
2. if an alternative source were available, that reasonable steps had been taken to obtain the information from the alternative source and that they had been proved unsuccessful.

1. il n'existait aucune autre source pouvant fournir les mêmes renseignements,
2. s'il existait une autre source, des mesures raisonnables avaient été prises pour obtenir les renseignements de cette autre source, mais sans succès.

Because these two factors were not demonstrated on the information placed before the justice of the peace, Nemetz C.J., on balancing all of the factors involved, held that the search warrant should be quashed.

Parce que ces deux éléments n'ont pas été établis dans la dénonciation qui a été présentée au juge de paix, le juge en chef Nemetz, après avoir soupesé tous les facteurs, a conclu que le mandat de perquisition devait être annulé.

The balancing of interests is essential to the entire process involved in the issuance of search warrants. As Lamer J. noted in *Descôteaux*, the various interests must not only be considered in determining whether a warrant should be issued, but also in determining the form the warrant should take. He wrote at p. 891:

La pondération des intérêts est essentielle à tout le processus de l'attribution des mandats de perquisition. Comme le juge Lamer l'a fait remarquer dans l'arrêt *Descôteaux*, il faut tenir compte des divers intérêts pour déterminer non seulement si un mandat devrait être décerné mais également quelle forme le mandat devrait prendre. Il a dit à la p. 891:

Moreover, even if the conditions are met, the justice of the peace must set out procedures for the execution of the warrant that reconcile protection of the interests this right is seeking to promote with protection of those the search power is seeking to promote, and limit the breach of this fundamental right to what is strictly inevitable. [Emphasis in original.]

De plus, même si ces conditions sont satisfaites, le juge de paix doit assortir l'exécution du mandat de modalités qui concilient la protection des intérêts que cherche à promouvoir ce droit avec celle des intérêts que cherche à promouvoir le pouvoir de perquisitionner, et limiter à ce qui est strictement inévitable l'atteinte au droit fondamental. [Souligné dans l'original.]

The Constitutional Protection of Freedom of Expression

Any search of premises is certain to be disquieting and upsetting. The invasion of privacy rights which a search entails is an important concern for all members of a democratic society. Some searches are obviously more intrusive and upsetting than others. For example, the search of a residence is likely to have graver consequences than a search of commercial premises which may be subject to statutory regulation and inspection. Because of its intrusive nature, a warrant to search any premises must only be issued when a justice of the peace is satisfied that all the statutory requirements have been met. In those situations where all the statutory prerequisites have been established, the justice of the peace should still consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant. It is not a step that can be taken lightly. This is particularly true when a warrant is sought to search the offices of a news media organization, where the consequences are likely to be disruptive of the media's role of gathering and publishing news.

The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being. The special significance of the work of the media was recognized by this Court in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40. The importance of that role and the manner in which it must be fulfilled give rise to special concerns when a warrant is sought to search media premises.

The constitutional protection of freedom of expression afforded by s. 2(b) of the *Charter* does not, however, import any new or additional requirements for the issuance of search warrants. What it does is provide a backdrop against which the reasonableness of

La protection constitutionnelle de la liberté d'expression

Il est certain que toute perquisition dans des locaux entraîne des ennuis et des désagréments. L'atteinte au droit à la vie privée qu'une perquisition entraîne constitue une préoccupation importante pour tous les membres d'une société démocratique. Certaines perquisitions sont de toute évidence plus envahissantes et désagréables que d'autres. Par exemple, la perquisition dans une résidence est susceptible d'avoir des conséquences plus graves qu'une perquisition dans des locaux commerciaux qui peuvent être assujettis à une réglementation et à une inspection prévue par la loi. En raison de sa nature envahissante, un mandat de perquisition dans quelque endroit que ce soit ne doit être décerné que lorsqu'un juge de paix est convaincu que toutes les exigences de la loi ont été respectées. Dans de telles situations, lorsque tous les préalables prévus par la loi ont été établis, le juge de paix doit encore examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat. Ce n'est pas une mesure qui doit être prise à la légère. C'est particulièrement vrai lorsque la perquisition doit être effectuée dans les bureaux d'un média et que les conséquences sont susceptibles de gêner son rôle, qui consiste à réunir et à publier des informations.

Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d'avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être. L'importance particulière du travail des médias a été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1339 et 1340. L'importance de ce rôle et la manière dont il doit être rempli suscitent des préoccupations spéciales lorsqu'un mandat est demandé pour effectuer une perquisition dans les locaux d'un média.

Toutefois, la protection constitutionnelle de la liberté d'expression conférée par l'al. 2b) de la *Charte* n'ajoute pas d'exigences supplémentaires pour l'attribution des mandats de perquisition. Elle constitue une toile de fond qui permet d'évaluer si la

the search may be evaluated. It requires that careful consideration be given not only to whether a warrant should issue but also to the conditions which might properly be imposed upon any search of media premises.

Whether the search of a media office can be considered reasonable will depend on a number of factors including the nature of the objects to be seized, the manner in which the search is to be conducted and the degree of urgency of the search. It is of particular importance that the justice of the peace consider the effects of the search and seizure on the ability of the particular media organization in question to fulfil its function as a news gatherer and news disseminator. If a search will impede the media from fulfilling these functions and the impediments cannot reasonably be controlled through the imposition of conditions on the execution of the search warrant, then a warrant should only be issued where a compelling state interest is demonstrated. This might be accomplished by satisfying the two factors set out by Nemetz C.J. in *Pacific Press*: namely, that there is no alternative source of information available or, if there is, that reasonable steps have been taken to obtain the information from that source. Alternatively, the search might be justified on the grounds of the gravity of the offence under investigation and the urgent need to obtain the evidence expected to be revealed by the search.

The balancing of interests is always a difficult and delicate task. In this case, for example, the throwing of Molotov cocktails at a building not only damaged the property but constituted a potential threat to the lives and safety of others. The investigation of a serious and violent crime was of importance to the state. Further, in light of the ongoing demonstrations, some urgency in conducting the search must be recognized. On the other hand, the objects sought to be seized were the product of the research and investigation of a media organization. It was important that the continuing work of the media should not be unduly impeded.

The factors to be weighed with regard to issuing a warrant to search any premises will vary with the cir-

perquisition est abusive. Elle exige qu'on examine attentivement non seulement si un mandat devrait être décerné mais également les conditions dont peut à bon droit être assortie une perquisition dans les locaux d'un média.

Pour déterminer si une perquisition dans le bureau d'un média est abusive, il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs dont la nature des objets qui doivent être saisis, la manière d'effectuer la perquisition et le degré d'urgence de celle-ci. Il est particulièrement important que le juge de paix examine les effets de la perquisition et de la saisie sur la capacité du média visé d'exercer ses fonctions d'organisme de collecte et de diffusion des informations. Si une perquisition empêche le média d'exercer ces fonctions et que les empêchements ne peuvent être raisonnablement contrôlés par l'imposition de conditions à l'exécution du mandat de perquisition, alors le mandat ne devrait être décerné que lorsqu'il est possible de démontrer un intérêt primordial de l'État. On peut y arriver en satisfaisant aux deux exigences énoncées par le juge en chef Nemetz dans l'arrêt *Pacific Press*: c'est-à-dire, qu'il n'y a aucune source pouvant fournir les mêmes renseignements ou, s'il y en a une, que des mesures raisonnables ont été prises pour obtenir les renseignements de cette source. Subsidiairement, la perquisition peut être justifiée sur le fondement de la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête et de l'urgence d'obtenir les éléments de preuve que la perquisition devrait révéler.

La pondération des intérêts est toujours une tâche difficile et délicate. En l'espèce, par exemple, le fait de lancer des cocktails Molotov en direction d'un immeuble a non seulement causé des dommages à la propriété mais aussi constitué une menace à la vie et à la sécurité d'autrui. L'enquête relative à un crime grave et violent était importante pour l'État. Qui plus est, compte tenu des manifestations qui se poursuivaient, il faut reconnaître qu'il y avait une certaine urgence à effectuer la perquisition. Par ailleurs, les objets qui devaient être saisis étaient le produit de la recherche et de l'enquête d'un média. Il était important que le travail du média ne soit pas indûment perturbé.

Les facteurs qui doivent être soupesés relativement à l'attribution d'un mandat de perquisition varient

cumstances presented. This is as true of searches of media offices as of any other premises. It seems to me, however, that where the media have fulfilled their role by gathering the news and publishing it, there would seem to be less to be said for refusing to make that material available to the police. At that point, the media have given to the public, by way of picture or print, evidence of the commission of a crime. The media, like any good citizen, should not be unduly opposed to disclosing to the police the evidence they have gathered with regard to that crime.

For example, if a private citizen took pictures of a crime being committed and posted those pictures on a public notice board, the public could quite properly expect that those pictures and the negatives would, upon request, be delivered to the police. This is so as it is in the best interests of all members of the community to see that crimes are investigated and prosecuted. Should the private citizen fail to do so, the police would be expected to take steps to obtain a warrant to search the citizen's premises for the negatives and copies of the photographs. Once the media have published the information, the same principles might well apply to them.

The media argue that the issuance of a search warrant would have the effect of "drying up" their sources of information. In my view, that argument is seriously weakened once the media have placed the information in the public domain. They can then no longer say, in effect, "I know that a crime was committed; I have relevant information that could assist in its investigation and prosecution, but I'm not going to assist you towards that end". Once the information has been made public, it becomes difficult to contend there would be a "chilling effect" on the media sources if that information were also disclosed to the police. At that point, it is unlikely that the police would want more than the videotape itself. With the tape in their possession, the police would usually have no interest in identifying the media's informant whose tip led to the making of the film. Should it be necessary, appropriate steps might be taken by the media to have the court determine what protection could properly be obtained. The police themselves

selon les circonstances. Cela est vrai pour les perquisitions autant dans des bureaux de médias que dans tous autres locaux. Toutefois, il me semble que lorsque les médias ont rempli leur rôle, ayant recueilli et publié l'information, il y aurait moins d'arguments pour refuser à la police l'accès à ces documents. À ce stade, les médias ont transmis au public, par voie d'images ou d'imprimés, des éléments de preuve relatifs à la perpétration d'un crime. Comme tout bon citoyen, les médias ne devraient pas s'opposer indûment à la communication à la police des éléments de preuve qu'ils ont recueillis relativement à ce crime.

Par exemple, si un particulier prend des photos pendant la perpétration d'un crime et place celles-ci sur un panneau d'affichage, le public peut à bon droit s'attendre à ce que ces photographies et les négatifs soient, sur demande, remis aux policiers. Il en est ainsi parce qu'il est dans le plus grand intérêt de tous les membres de la société que les actes criminels fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites. Si le particulier ne le fait pas, on s'attend que les policiers demandent un mandat pour effectuer une perquisition chez lui afin de saisir les négatifs et les copies des photographies. Lorsque les médias ont publié les renseignements, les mêmes principes pourraient très bien s'appliquer à eux.

Les médias soutiennent que l'attribution d'un mandat de perquisition aurait pour effet de «tarir» leurs sources de renseignements. À mon avis, cet argument est sérieusement affaibli lorsque les médias ont rendu les renseignements publics. Ils ne peuvent désormais plus dire, en effet, «Je sais qu'un crime a été commis; je détiens les renseignements pertinents qui pourraient aider à mener une enquête et à engager des poursuites, mais je ne vous y aiderai pas». Lorsque les renseignements ont été rendus publics, il devient difficile de prétendre qu'il y aura un «effet de dissuasion» sur les sources du média si ce renseignement devait également être communiqué aux policiers. À ce stade, il est peu vraisemblable que les policiers veuillent autre chose que les bandes vidéo elles-mêmes. Une fois en possession des bandes, les policiers n'ont habituellement pas intérêt à identifier l'informateur du média dont les renseignements ont permis la réalisation du film. Le cas échéant, des mesures appropriées pourraient être prises par le

might very well be interested in protecting the identity of a media informant in many cases.

Counsel for the CBC submits that the two factors referred to in *Pacific Press* should, pursuant to s. 2(b) and s. 8 of the *Charter*, be made mandatory conditions for the issuance of any warrant for the search of premises of media organizations. In essence, the CBC submits that these two factors ought to be separated from all others that have to be considered in determining the reasonableness of a search. It is said that they should be made constitutional prerequisites of any search of media offices, where the media are not implicated in the crime under investigation.

In my view, the assessment of the reasonableness of a search cannot be said to rest only upon these two factors. Rather all factors should be evaluated in light of the particular factual situation presented. The factors which may be vital in assessing the reasonableness of one search may be irrelevant in another. Simply stated, it is impossible to isolate two factors from the numerous considerations which bear on assessment of the reasonableness of a search and label them as conditional prerequisites. The essential question can be put in this way: taking into account all the circumstances and viewing them fairly and objectively can it be said that the search was a reasonable one?

It is the overall reasonableness of a search which is protected by s. 8 of the *Charter*. Certainly the potentially damaging effect of a search and seizure upon the freedom and the functioning of the press is highly relevant to the assessment of the reasonableness of the search. Yet neither s. 2(b) nor s. 8 of the *Charter* requires that the two factors set out in *Pacific Press* must always be met in order for a search to be permissible and constitutionally valid. It is essential that flexibility in the balancing process be preserved so that all the factors relevant to the individual case may be taken into consideration and properly weighed.

média pour que le tribunal détermine la protection qu'il y aurait lieu d'obtenir. Les policiers eux-mêmes pourraient très bien vouloir protéger l'anonymat de l'informateur du média dans de nombreux cas.

L'avocat de la SRC soutient que les deux exigences mentionnées dans l'arrêt *Pacific Press* devraient, aux termes de l'al. 2b) de l'art. 8 de la *Charte*, constituer des conditions obligatoires pour l'attribution de tout mandat de perquisition dans les locaux d'un média. Essentiellement, la SRC soutient que ces deux facteurs devraient être distingués de tous les autres qui doivent être examinés pour déterminer si une perquisition est abusive. Il soutient qu'ils devraient constituer des préalables constitutionnels à toute perquisition dans les bureaux d'un média lorsque celui-ci n'est pas impliqué dans le crime qui fait l'objet de l'enquête.

À mon avis, on ne peut pas dire que l'évaluation du caractère non abusif d'une perquisition repose uniquement sur ces deux facteurs. On doit plutôt évaluer tous les facteurs en tenant compte de la situation de fait particulière qui est présentée. Les facteurs qui peuvent être importants pour évaluer si une perquisition est abusive peuvent ne pas être pertinents à l'égard d'une autre. Simplement, il est impossible d'isoler deux facteurs des nombreux éléments qui ont une incidence sur cette évaluation et de les identifier comme des préalables. La question essentielle peut être formulée de la manière suivante: si on a tenu compte de toutes les circonstances et si on les a examinées avec justesse et objectivité, peut-on dire que la perquisition n'était pas abusive?

L'article 8 de la *Charte* garantit le caractère non abusif global d'une perquisition. De toute évidence, la possibilité que la perquisition et la saisie aient des effets préjudiciables sur la liberté et le fonctionnement de la presse est très pertinente dans l'évaluation du caractère non abusif de la perquisition. Toutefois, ni l'al. 2b) ni l'art. 8 de la *Charte* n'exigent qu'on ait toujours satisfait aux deux exigences établies dans l'arrêt *Pacific Press* pour qu'une perquisition soit permise et valide sur le plan constitutionnel. Il est essentiel que le processus de pondération conserve une certaine souplesse de manière que tous les facteurs pertinents relativement à l'affaire donnée soient pris en compte et convenablement évalués.

I am supported in this conclusion by the reasoning of the Supreme Court of the United States. Once again, I recognize that the utmost care must be taken in considering American authorities. There are significant differences in the wording of the constitutional provisions pertaining to freedom of expression. There are differences in the history and traditions of the two countries. I recognize that American authorities can never be applied automatically as solutions to Canadian problems. Nevertheless, it is always helpful to review the careful consideration and learning which has been applied to this very problem.

AMENDMENT I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

In *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978), the police searched the offices of the *Stanford Daily* and seized several photographs which the newspaper had published showing certain individuals assaulting police officers. In this case, it was clear that there was an alternative source of information available to the police. Despite this, the search warrant was issued. On appeal, the newspaper argued that the search threatened the constitutionally protected freedom of the press. White J. delivering the opinion of the majority summarized the newspaper's position this way at p. 563:

The general submission is that searches of newspaper offices for evidence of crime reasonably believed to be on the premises will seriously threaten the ability of the press to gather, analyze, and disseminate news.

In essence, the newspaper argued that a search warrant could never issue against a press organization where a subpoena could be used to obtain the information sought by the police. In support of its posi-

Cette conclusion est appuyée par les motifs de la Cour suprême des États-Unis. Encore une fois, je reconnais qu'il faut être extrêmement prudent lorsqu'on examine la jurisprudence américaine. Il y a également des différences importantes dans le libellé des dispositions constitutionnelles relatives à la liberté d'expression. Il existe des différences dans l'histoire et les traditions des deux pays. Je reconnais qu'on ne peut jamais appliquer systématiquement la doctrine et la jurisprudence américaines pour résoudre les problèmes canadiens. Néanmoins, il est toujours utile de prendre en considération l'examen et les connaissances approfondies qui ont été appliqués à ce même problème.

[TRADUCTION] PREMIER AMENDEMENT

Le Congrès ne fera aucune loi relativement à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice; ou restreignant la liberté de parole ou de la presse; ou le droit du peuple de s'assembler paisiblement, et d'adresser des pétitions au gouvernement pour une réparation de ses torts.

Dans l'arrêt *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978), les policiers ont effectué une perquisition dans les bureaux du *Stanford Daily* et ont saisi plusieurs photographies qu'il avait publiées montrant certaines personnes en train d'agresser des policiers. Dans cette affaire, il était clair que les policiers avaient accès à une autre source de renseignements. Malgré ce fait, le mandat de perquisition a été décerné. En appel, le journal a soutenu que la perquisition avait porté atteinte à la liberté de la presse garantie par la Constitution. Le juge White qui a rendu l'opinion de la majorité a résumé la position du journal de la manière suivante à la p. 563:

[TRADUCTION] On prétend généralement que les perquisitions dans les bureaux d'un journal dans le but de chercher des éléments de preuve d'un crime que l'on croit, pour des motifs raisonnables, pouvoir trouver dans ces locaux portent sérieusement atteinte à la capacité de la presse de recueillir, d'analyser et de diffuser les informations.

Essentiellement, le journal a prétendu qu'un mandat de perquisition ne devrait jamais être décerné contre un organisme de presse lorsqu'il est possible d'utiliser un subpoena pour obtenir les renseignements recherchés par les policiers. À l'appui de sa prétention, le journal a utilisé des arguments très sem-

tion, the newspaper employed arguments very similar to those advanced by CBC in the present case.

White J. for the majority rejected the newspaper's argument. In his view, the interests sought to be protected by the newspaper could adequately be protected by the requirement of reasonableness. At page 565, he wrote:

They [the framers of the American Constitution] nevertheless did not forbid warrants where the press was involved, did not require special showings that subpoenas would be impractical, and did not insist that the owner of the place to be searched, if connected with the press, must be shown to be implicated in the offense being investigated. Further, the prior cases do no more than insist that the courts apply the warrant requirements with particular exactitude when First Amendment interests would be endangered by the search. As we see it, no more than this is required where the warrant requested is for the seizure of criminal evidence reasonably believed to be on the premises occupied by a newspaper. Properly administered, the preconditions for a warrant — probable cause, specificity with respect to the place to be searched and the things to be seized, and overall reasonableness — should afford sufficient protection against the harms that are assertedly threatened by warrants for searching newspaper offices.

Thus it is clear that, in the United States, despite the constitutional protection provided to the press, a warrant may be issued for the search of media premises even though alternative sources of information are available to the police.

Summary of Factors to be Considered on the Issuance of a Search Warrant and Review of a Search Warrant

It may be helpful to summarize the factors to be considered by a justice of the peace on an application to obtain a warrant to search the premises of a news media organization together with those factors which may be pertinent to a court reviewing the issuance of a search warrant.

blables à ceux qui ont été présentés par la SRC en l'espèce.

Le juge White, au nom de la majorité, a rejeté l'argument du journal. À son avis, les intérêts que le journal cherchait à protéger pouvaient être protégés de façon adéquate par l'exigence relative au caractère non abusif. À la page 565, il a écrit:

[TRADUCTION] Ils [les pères de la Constitution américaine] n'ont néanmoins pas interdit les mandats visant la presse, n'ont pas exigé de démonstrations spéciales que les subpoenas ne seraient pas pratiques et n'ont pas insisté sur la nécessité de démontrer que le propriétaire de l'endroit où devait avoir lieu la perquisition, s'il était lié avec la presse, était impliqué dans l'infraction qui faisait l'objet de l'enquête. En outre, la jurisprudence ne fait qu'insister pour que les tribunaux appliquent les exigences en matière de mandat avec un souci d'exactitude particulier lorsque les intérêts visés par le Premier amendement seraient touchés par la perquisition. À notre avis, aucune autre exigence n'est requise lorsque le mandat demandé vise la saisie d'éléments de preuve criminels que l'on croit, pour des motifs raisonnables, pouvoir trouver sur les lieux occupés par un journal. Bien appliquées, les conditions préalables à un mandat — causes probables, désignation précise de l'endroit où la perquisition doit avoir lieu et des objets à saisir, et caractère non abusif général — devraient fournir une protection suffisante contre les préjudices que pourraient causer les mandats décernés dans le but de perquisitionner dans les bureaux d'un journal.

Par conséquent, il est clair que, aux États-Unis, malgré la protection constitutionnelle conférée à la presse, un mandat peut être décerné pour effectuer une perquisition dans les locaux d'un média même si les policiers ont accès à d'autres sources de renseignements.

Résumé des facteurs à prendre en considération pour l'attribution d'un mandat de perquisition et de l'examen de cette attribution

Il peut être utile de résumer les facteurs qu'un juge de paix doit prendre en considération lors d'une demande de mandat pour effectuer une perquisition dans les locaux d'un média ainsi que ceux qui peuvent être pertinents pour un tribunal qui examine l'attribution d'un mandat de perquisition.

- 1) It is essential that all the requirements set out in s. 487(1)(b) of the *Criminal Code* for the issuance of a search warrant be met.
- 2) Once the statutory conditions have been met, the justice of the peace should consider all of the circumstances in determining whether to exercise his or her discretion to issue a warrant.
- 3) The justice of the peace should ensure that a balance is struck between the competing interests of the state in the investigation and prosecution of crimes and the right to privacy of the media in the course of their news gathering and news dissemination. It must be borne in mind that the media play a vital role in the functioning of a democratic society. Generally speaking, the news media will not be implicated in the crime under investigation. They are truly an innocent third party. This is a particularly important factor to be considered in attempting to strike an appropriate balance, including the consideration of imposing conditions on that warrant.
- 4) The affidavit in support of the application must contain sufficient detail to enable the justice of the peace to properly exercise his or her discretion as to the issuance of a search warrant.
- 5) Although it is not a constitutional requirement, the affidavit material should ordinarily disclose whether there are alternative sources from which the information may reasonably be obtained and, if there is an alternative source, that it has been investigated and all reasonable efforts to obtain the information have been exhausted.
- 6) If the information sought has been disseminated by the media in whole or in part, this will be a factor which will favour the issuing of the search warrant.
- 7) If a justice of the peace determines that a warrant should be issued for the search of media premises, consideration should then be given to the imposition of some conditions on its implementation, so that the media organization will not be unduly impeded in the publishing or dissemination of the news.
- 8) If, subsequent to the issuing of a search warrant, it comes to light the authorities failed to disclose perti-
- 1) Il faut satisfaire à toutes les exigences énoncées à l'al. 487(1)(b) du *Code criminel* pour qu'un mandat de perquisition puisse être décerné.
- 2) Une fois remplies les conditions prévues par la loi, le juge de paix doit examiner toutes les circonstances pour déterminer s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décerner un mandat.
- 3) Le juge de paix doit s'assurer qu'on a bien pondéré l'intérêt de l'État à découvrir et à poursuivre les criminels et le droit des médias à la confidentialité des renseignements dans le processus de collecte et de diffusion des informations. Il faut se rappeler que les médias jouent un rôle primordial dans le fonctionnement d'une société démocratique. En règle générale, les médias ne sont pas impliqués dans l'acte criminel faisant l'objet de l'enquête. Ils sont vraiment des tiers innocents. C'est un facteur tout particulièrement important à prendre en considération pour essayer de trouver un bon équilibre, notamment en étudiant la possibilité d'assortir ce mandat de certaines conditions.
- 4) L'affidavit présenté à l'appui de la demande doit contenir suffisamment de détails pour permettre au juge de paix d'exercer correctement son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'attribution d'un mandat de perquisition.
- 5) Bien qu'il ne s'agisse pas d'une exigence constitutionnelle, l'affidavit devrait ordinairement indiquer s'il y a d'autres sources de renseignements raisonnables et, le cas échéant, qu'elles ont été consultées et que tous les efforts raisonnables pour obtenir les renseignements ont été épuisés.
- 6) Si le média a rendu publics, en tout ou en partie, les renseignements recherchés, ce facteur favorisera l'attribution du mandat de perquisition.
- 7) Si un juge de paix décide de décerner un mandat de perquisition dans les locaux d'un média, il y a alors lieu d'examiner l'imposition de certaines conditions à son application, de façon que le média ne soit pas indûment empêché de publier ou de diffuser les informations.
- 8) Si, par suite de l'attribution d'un mandat de perquisition, il ressort que les autorités ont omis de com-

nent information that could well have affected the decision to issue the warrant, this may result in a finding that the warrant was invalid.

9) Similarly, if the search itself is unreasonably conducted, this may render the search invalid.

Application of These Principles to This Case

The *Criminal Code* by means of s. 487 does no more than require that a justice of the peace, before issuing a search warrant, be satisfied that there are reasonable grounds to believe that something which will afford evidence with respect to the commission of a crime will be found in the described building, receptacle or place. In the present case, officer Ouellette's information was sufficient to meet these requirements. There is no evidence in this case that the search impeded the media in their function of gathering and disseminating the news. In these circumstances, the search was a reasonable one under s. 8 of the *Charter*, notwithstanding any deficiencies in the information with respect to alternative sources. But, in the alternative, officer Ouellette declared in his information that all reasonable sources of the information sought had been pursued but none were available. In this regard it is of considerable significance that there was a specific finding that there was no bad faith involved on the part of the police.

In light of this finding, it is safe to accept the information as one sworn in good faith. It follows that there is nothing nefarious in the failure to mention the presence at the scene of the identification officers. That same finding makes it appropriate to assume that these officers could not be considered an alternative source of information. If they could, the police would surely prefer to use their own witnesses and photographs or videotapes in the preparation of their cases. In any event, the finding that there was no bad faith is of critical importance to my conclusions.

Ouellette's information, therefore, directly addressed the concerns expressed by Nemetz C.J. in *Pacific Press* in declaring that no alternative sources of information were available. It must be assumed

munique des renseignements pertinents qui auraient bien pu influencer sur la décision de décerner le mandat, il peut en résulter une conclusion que le mandat n'était pas valide.

9) De même, une perquisition effectuée de manière abusive peut être invalide.

Application de ces principes à l'espèce

Le *Code criminel* au moyen de l'art. 487 exige simplement que, avant de décerner un mandat de perquisition, le juge de paix soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une chose qui fournira une preuve touchant la commission d'une infraction se trouve dans le bâtiment, contenant ou lieu décrit. En l'espèce, la dénonciation de l'agent Ouellette était suffisante pour satisfaire à ces exigences. Rien ne prouve, en l'espèce, que la perquisition a empêché le média de recueillir ou de diffuser les informations. Dans ces circonstances, elle n'était pas abusive aux termes de l'art. 8 de la *Charte*, malgré les lacunes de la dénonciation en ce qui concerne les autres sources de renseignements. Toutefois, subsidiairement, l'agent Ouellette a déclaré dans sa dénonciation qu'on avait épuisé toutes les autres sources de renseignements. À cet égard, il est très important de souligner qu'on a conclu expressément qu'il n'y avait aucune mauvaise foi de la part de la police.

Compte tenu de cette conclusion, on peut dire que la dénonciation a été déposée de bonne foi. Il en découle qu'il n'y a rien de fautif dans l'omission de mentionner la présence des agents d'identification sur les lieux. Cette même conclusion permet de présumer que ces agents ne pouvaient pas être considérés comme une autre source de renseignements. S'ils l'avaient été, les policiers auraient sûrement préféré utiliser leurs propres témoins et photographies ou bandes vidéo dans la préparation de leurs arguments. De toute façon, la conclusion selon laquelle il n'y a pas eu de mauvaise foi a une importance primordiale pour mes propres conclusions.

Par conséquent, la dénonciation de l'agent Ouellette répondait directement aux préoccupations exprimées par le juge en chef Nemetz dans l'arrêt *Pacific Press*, en déclarant qu'il n'existait pas d'autre source

that the identification officers who were present at the scene could not be of assistance.

It would have been preferable if the presence of police identification officers at the scene had been set out in the information, together with the explanation as to why the officers were unable to supply the information sought by the police. However, as I have said, it must be assumed that the information was drawn and presented in good faith. This can be the only conclusion to be drawn, in light of the finding of Daigle J. that there was no bad faith involved on the part of the police. The statement that [TRANSLATION] “there [werè] no other means available to the police for obtaining evidence” must be accepted at face value. That statement should be taken as a short form of saying that the evidence sought was not available from the identification officers. While the police were required to provide an accurate description of the relevant facts, they were not obliged to describe every minute step taken in the course of the investigation. In sum, the information provided the justice of the peace with sufficient evidence to issue a search warrant. There is nothing in the record to indicate that the justice of the peace improperly exercised her discretion. In the circumstances, it should be accepted that the warrant was validly issued.

Disposition

In the result, the appeal should be dismissed.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—In the companion case, *Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, I set out my view of the legal principles applicable to this type of case. Those principles lead me to the conclusion that the warrant in this case violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be upheld.

The affidavit in the case at bar indicated that there were no alternative sources of information which

de renseignements. Il faut présumer que les agents d'identification qui étaient présents sur les lieux ne pouvaient être d'aucun secours.

Il aurait été préférable que la dénonciation indique la présence des agents d'identification de la police sur les lieux et explique pour quelles raisons les agents n'étaient pas en mesure de fournir les renseignements recherchés par les policiers. Toutefois, comme je l'ai dit, il faut présumer que la dénonciation a été rédigée et présentée de bonne foi. C'est la seule conclusion qu'il convient de tirer, compte tenu de la conclusion du juge Daigle selon laquelle il n'y eu aucune mauvaise foi de la part de la police. La déclaration selon laquelle «il n'exist[ait] pour la police aucun autre moyen d'obtenir des éléments de preuve» doit être acceptée telle quelle. Cette déclaration devrait être interprétée comme une manière concise pour dire que les éléments de preuve recherchés ne pouvaient être obtenus des agents d'identification. Bien que les policiers aient été tenus de fournir une description précise des faits pertinents, ils n'étaient pas tenus de décrire chaque mesure prise dans le cadre de l'enquête. Bref, la dénonciation a donné au juge de paix suffisamment d'éléments de preuve pour qu'il décerne un mandat de perquisition. Rien dans le dossier n'indique que le juge de paix a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière incorrecte. Dans ces circonstances, il convient d'admettre que le mandat a été validement décerné.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Dans l'arrêt connexe *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, j'ai exposé mon opinion en ce qui concerne les principes juridiques applicables à ce genre de pourvoi. Ces principes m'amènent à conclure que le mandat en l'espèce portait atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut pas être maintenu.

Il ressort de l'affidavit déposé dans l'affaire en cause qu'il n'y avait pas d'autres sources de rensei-

could be used in a court of law, since the other sources of information available to the police “do not dare come forward and testify in [a] court of law.” No reasons for the reluctance of these witnesses was given. There is no suggestion that the witnesses in question could not have been subpoenaed to testify. It may be that they feared censure by fellow trade union members if they testified against them. But we do not know. In the absence of such information, the justice of the peace was not in a position to determine if the issuance of the warrant was really necessary, or whether it was justified, given the violation of *Charter* rights which it entailed.

I would allow the appeal.

Appeal dismissed, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey Stirling Scales, Moncton.

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

Solicitors for the intervener: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

gnements susceptibles d'être utilisées devant une cour de justice, puisque les autres sources de renseignements dont disposait la police [TRADUCTION] «ne veulent pas se présenter pour témoigner devant une cour de justice». On n'a fourni aucune raison pour justifier l'hésitation de ces témoins. Rien n'autorise à penser qu'ils ne pouvaient pas être assignés à témoigner. Il est possible qu'ils aient craint d'être critiqués par d'autres membres de leur syndicat s'ils témoignaient contre eux. Mais nous ne le savons pas. En l'absence de tels renseignements, le juge de paix n'était pas en mesure de déterminer si l'attribution du mandat était vraiment nécessaire ni si elle était justifiée, étant donné l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* qu'elle a occasionnée.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureurs de l'appelante: Stewart McKelvey Stirling Scales, Moncton.

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

Procureurs de l'intervenante: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Willy Arthur Goltz *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Manitoba *Interveners*

INDEXED AS: R. v. GOLTZ

File No.: 21826.

1991: June 7; 1991: November 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Minimum sentence — Provincial motor vehicle legislation providing for mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment together with fine for first conviction of driving while prohibited — Whether mandatory minimum sentence infringes s. 12 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 88(1)(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.

Respondent was found guilty of driving while prohibited under s. 86(1)(a)(ii) of the B.C. *Motor Vehicle Act*, contrary to s. 88(1)(a). Section 88(1)(c) prescribes a minimum penalty of seven days' imprisonment and a \$300 fine for a first conviction of driving while prohibited under s. 84, 85, 86 or 214. The Provincial Court found that the provision did not infringe the guarantee against cruel and unusual punishment in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and imposed the minimum sentence. On appeal, the County Court found that the sentencing provision violated s. 12 of the *Charter* and could not be justified under s. 1. That determination was upheld by the Court of Appeal. The constitutional questions before this Court queried whether s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act* infringes s. 12 of the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Willy Arthur Goltz** *Intimé*

et

^b **Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Manitoba** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. GOLTZ

^c N° du greffe: 21826.

1991: 7 juin; 1991: 14 novembre.

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

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

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Peine minimale — Loi provinciale relative aux véhicules automobiles prévoyant une peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement et d'une amende pour une première déclaration de culpabilité de conduite durant une interdiction — La peine minimale obligatoire viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la Charte? — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 88(1)(c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.*

^g L'intimé a été reconnu coupable d'avoir enfreint l'al. 88(1)a) en conduisant alors qu'il était sous le coup d'une interdiction prononcée en vertu du sous-al. 86(1)a)(ii) de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique. L'alinéa 88(1)c) prescrit une peine minimale de sept jours d'emprisonnement et de 300 \$ d'amende pour une première déclaration de culpabilité de conduite durant une interdiction fondée sur les art. 84, 85, 86 ou 214. La Cour provinciale a conclu que la disposition en cause ne violait pas la garantie de protection contre les peines cruelles et inusitées énoncée à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et a infligé la peine minimale. En appel, la Cour de comté a statué que la disposition prescrivant la peine violait l'art. 12 de la *Charte* et ne pouvait se justifier aux termes de l'article premier. Cette décision a été maintenue par la Cour d'appel. Les questions constitutionnelles

Charter and, if so, whether the infringement is justified under s. 1.

Held (Lamer C.J. and McLachlin and Stevenson JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The mandatory minimum sentence imposed pursuant to s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act* for a first conviction of driving while prohibited does not infringe s. 12 of the *Charter* when the prohibition from driving is made pursuant to s. 86(1)(a)(ii) of the Act. Other prohibitions from driving, violation of which also triggers the mandatory minimum sentence in s. 88(1)(c), are not at issue in this appeal.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The general test for determining whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 is one of gross disproportionality, which must consider the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case. Other factors which may legitimately inform an assessment are whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, whether there exist valid alternatives to the punishment imposed, and to some extent whether a comparison with punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction reveals great disproportion. The test is not one which is quick to invalidate sentences crafted by legislators. It will only be on rare occasions that a court will find a sentence so grossly disproportionate that it violates s. 12 of the *Charter*.

There are two aspects to the analysis of invalidity under s. 12. One aspect involves the assessment of the challenged penalty or sanction from the perspective of the person actually subjected to it, balancing the gravity of the offence in itself with the particular circumstances of the offence and the personal characteristics of the offender. If it is concluded that the challenged provision provides for and would actually impose on the offender a sanction so excessive or grossly disproportionate as to outrage decency in those real and particular circumstances, then it will amount to a *prima facie* violation of s. 12 and will be examined for justifiability under s. 1 of the *Charter*. If the particular facts of the case do not warrant a finding of gross disproportionality, there may remain another aspect to be examined, namely a *Charter* challenge or constitutional question as to the validity of

soulevées devant notre Cour sont de savoir si l'al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act* viole l'art. 12 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si la violation est justifiée aux termes de l'article premier.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges McLachlin et Stevenson sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. La peine minimale obligatoire infligée en application de l'al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act* pour une première déclaration de culpabilité de conduite durant une interdiction ne viole pas l'art. 12 de la *Charte* lorsque l'interdiction de conduire est prononcée en vertu du sous-al. 86(1)a)(ii) de la Loi. D'autres interdictions de conduire, dont la violation entraîne également la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 88(1)c), ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le critère général pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 est celui de la disproportion exagérée, critère qui doit tenir compte de la gravité de l'infraction, des caractéristiques personnelles du contrevenant et des circonstances particulières de l'affaire. D'autres facteurs peuvent légitimement entrer en ligne de compte. On peut se demander si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle repose sur des principes reconnus en matière de détermination de la peine, s'il existe des solutions de rechange valables à la peine effectivement infligée et, dans une certaine mesure, si la comparaison avec des peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort révèle une grande disproportion. Le critère en question ne permet pas l'invalidation inconsidérée de peines établies par le législateur. Il arrivera rarement qu'une cour de justice conclura qu'une peine est si exagérément disproportionnée qu'elle viole l'art. 12 de la *Charte*.

L'analyse de l'invalidité en vertu de l'art. 12 comporte deux aspects. Le premier comporte l'appréciation de la peine ou de la sanction contestée dans l'optique de la personne à qui elle a en fait été infligée, en soupesant la gravité de l'infraction elle-même d'une part et les circonstances particulières de cette infraction et les caractéristiques personnelles du contrevenant d'autre part. Si l'on décide que la disposition contestée prévoit, et infligerait en réalité au contrevenant, une sanction à ce point excessive ou exagérément disproportionnée qu'elle irait à l'encontre de ce qui est acceptable dans ces circonstances réelles et particulières, elle constituera alors à première vue une violation de l'art. 12 et fera l'objet d'un examen visant à déterminer si elle peut se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*. Si les faits particuliers de l'espèce ne justifient pas une conclusion

a statutory provision on grounds of gross disproportionality as evidenced in reasonable hypothetical circumstances.

The constitutional questions in this case are restricted in focus to the particular form of prohibition to which respondent was subjected under s. 86(1)(a)(ii) of the Act. In relation to the particular offence and respondent's personal situation, s. 88(1)(c), applied in a severed fashion in respect of s. 88(1)(a) and s. 86(1)(a)(ii), does not infringe s. 12 of the *Charter*. Commission of the offence specified by ss. 86(1)(a)(ii) and 88(1) is grave. The gravity of the offence must be assessed in light of the legislative purpose and the underlying driving offences giving rise to the prohibition. An order of prohibition made under s. 86(1)(a)(ii) is aimed in large measure at safeguarding the health and lives of citizens using the highways of a province, as reflected in the requirements that the prohibited individual must have built up an "unsatisfactory driving record" and that the prohibition be "in the public interest". Only bad drivers with an unsatisfactory driving record are prohibited under s. 86(1)(a)(ii) because it is especially those drivers who are dangerous to innocent citizens using the roads in a responsible manner. The Act's emphasis on the promotion of responsible driving and penalizing of irresponsible driving is further reflected in the requirement in the offence that a person knowingly drive while prohibited. As well, because the offence is difficult to detect, there is a great temptation on the part of many prohibited drivers to commit it, and a legislature may therefore rationally conclude that for the purpose of deterrence a serious penalty must attach to it. The gravity of the offence of driving while prohibited is made more obvious upon review of the Act's procedural safeguards, which ensure that only bad drivers will be prohibited from driving under s. 88(1)(a) in application to s. 86(1)(a)(ii).

Having been prohibited from driving, respondent knowingly and contemptuously violated the prohibition. There was no indication that he was urgently required to drive his car on the day in question, nor was there any submission as to a relevant personal characteristic of his that would justify a mitigated or lesser sentence than the mandatory minimum. The effects of the sentence cannot reasonably be said to outrage standards of decency or be

de disproportion exagérée, il peut y avoir un autre aspect à examiner, savoir une contestation fondée sur la *Charte* ou une question constitutionnelle concernant la validité d'une disposition législative fondée sur la disproportion exagérée démontrée par des circonstances hypothétiques raisonnables.

Les questions constitutionnelles en l'espèce se limitent au type particulier d'interdiction dont l'intimé a été frappé en vertu du sous-al. 86(1)a(ii) de la Loi. Étant donné l'infraction particulière en cause et la situation personnelle de l'intimé, l'al. 88(1)c), appliqué sélectivement à l'al. 88(1)a) et au sous-al. 86(1)a(ii), ne viole pas l'art. 12 de la *Charte*. La perpétration de l'infraction prévue au sous-al. 86(1)a(ii) et au par. 88(1) est grave. La gravité de l'infraction doit être appréciée en fonction de l'objet de la loi et en fonction des infractions aux règles de conduite automobile qui donnent lieu à l'interdiction. L'interdiction prononcée en vertu du sous-al. 86(1)a(ii) vise dans une large mesure à protéger la santé et la vie des personnes qui circulent sur les routes de la province, comme l'indiquent les exigences que l'individu frappé d'interdiction ait un «dossier de conducteur insatisfaisant» et que l'interdiction soit «dans l'intérêt public». Seuls les mauvais conducteurs dont le dossier est insatisfaisant se voient interdits en vertu du sous-al. 86(1)a(ii) parce que ce sont surtout ces conducteurs qui présentent un danger pour les citoyens innocents qui utilisent les routes d'une manière responsable. Que favoriser la conduite responsable et punir la conduite irresponsable soient les points sur lesquels insiste la Loi se dégage en outre de l'exigence, pour qu'il y ait infraction, qu'une personne conduise en sachant qu'il lui est interdit de conduire. De plus, comme l'infraction en question est difficile à détecter, beaucoup de conducteurs frappés d'interdiction seront fortement tentés de la commettre et, cela étant, le législateur peut rationnellement conclure qu'aux fins de la dissuasion, cette infraction doit entraîner une peine sévère. La gravité de l'infraction de conduite durant une interdiction devient plus évidente à l'examen des mesures protectrices d'ordre procédural prévues par la Loi, mesures grâce auxquelles seuls les mauvais conducteurs se verront interdits de conduire en vertu de l'al. 88(1)a) en tant qu'il s'applique au sous-al. 86(1)a(ii).

L'intimé a sciemment et impudemment violé l'interdiction dont il était frappé. Rien n'indique qu'une urgence quelconque le contraignait à conduire sa voiture le jour en question. De plus, on n'a présenté aucun élément relevant d'une caractéristique personnelle pertinente de l'intimé qui aurait justifié une peine atténuée ou une peine moindre que la peine minimale obligatoire. On ne saurait raisonnablement affirmer que les effets de

seen as grossly disproportionate to the wrongdoing. The effect of the seven-day sentence is lighter than might first appear, since the sentence can be fashioned to be fully served on a few weekends, as in this case.

It is unlikely that the general application of the offence would result in the imposition of a grossly disproportionate sentence amounting to cruel and unusual punishment. Respondent has not discharged the onus of demonstrating a reasonable hypothetical circumstance in which enforcement of the statute would violate s. 12. The regulatory system of penalty points and internal reviews guarantees that it will be exceptionally rare that a so-called "small offender" will ever be subjected to the minimum penalty in s. 88(1)(c). By divorcing the offence of driving while prohibited from the various infractions which led up to the prohibition, the Court of Appeal accorded insufficient weight to the gravity of the offence and to the relatively high threshold for its commission.

Per Lamer C.J. and McLachlin and Stevenson JJ. (dissenting): The mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment plus a fine would in some cases be clearly disproportionate and shocking to the Canadian conscience, and hence violate the guarantee against cruel and unusual punishment in s. 12 of the *Charter*. The provision cannot be saved under s. 1 of the *Charter* because it is overbroad: no obvious or probable need for a deterrent which has such an indiscriminate reach has been demonstrated.

Rather than alleviating the particular offences from the purview of s. 88(1)(c) on a case-by-case basis, the Court should strike out the mandatory minimum sentence. An analysis which proceeds by severing potentially offending parts of s. 88 fails to answer the question posed on this appeal.

Furthermore, severing the reference in s. 88 to prohibitions other than selected cases under s. 86 of the Act has an effect analogous to reading down the statute, or applying the doctrine of constitutional exemption. To address s. 88 as though it referred only to prohibitions under s. 86 is to address a different scheme than that enacted by the legislature and leaves the constitutional status of the scheme uncertain, which runs counter to the

la peine vont à l'encontre de ce qui est acceptable ou qu'ils peuvent être considérés comme exagérément disproportionnés à l'infraction commise. La peine de sept jours d'emprisonnement est moins sévère qu'il ne le paraît peut-être à première vue puisqu'elle peut être purgée au cours de quelques fins de semaine, comme c'est le cas en l'espèce.

Il est peu probable que l'application générale de la disposition créant l'infraction entraîne une peine exagérément disproportionnée équivalant à une peine cruelle et inusitée. L'intimé ne s'est pas acquitté de la charge d'établir l'existence d'une situation hypothétique raisonnable dans laquelle l'application de la loi irait à l'encontre de l'art. 12. Le régime réglementaire consistant à attribuer des points d'inaptitude et à effectuer des contrôles internes garantit que les cas où un «petit contrevenant» se verra infliger la peine minimale prescrite par l'al. 88(1)c) seront extrêmement rares. En séparant l'infraction de conduite durant une interdiction des différentes infractions aboutissant à l'interdiction, la Cour d'appel n'a pas attaché suffisamment d'importance à la gravité de l'infraction ni au seuil relativement élevé à atteindre pour qu'il y ait perpétration de cette infraction.

Le juge en chef Lamer et les juges McLachlin et Stevenson (dissidents): Dans certains cas la peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement assortie d'une amende serait manifestement disproportionnée et choquerait la conscience des Canadiens, de sorte qu'elle constituerait une violation de la garantie de protection contre les peines cruelles et inusitées prévue à l'art. 12 de la *Charte*. La disposition en cause ne peut, en raison de sa portée excessive, être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*: aucune nécessité évidente ou probable d'une mesure de dissuasion qui s'applique ainsi sans distinction n'a été démontrée.

Plutôt que de procéder au cas par cas pour soustraire des infractions particulières à l'application de l'al. 88(1)c), la Cour devrait supprimer la peine minimale obligatoire. Une analyse qui comporte le retranchement de dispositions potentiellement inconstitutionnelles de l'art. 88 n'apporte pas de réponse à la question soulevée dans le présent pourvoi.

De plus, retrancher de l'art. 88 la mention d'interdictions autres que certains cas prévus à l'art. 86 de la Loi revient en fait à donner à celle-ci une interprétation atténuée ou à appliquer la théorie de l'exemption constitutionnelle. Aborder l'art. 88 comme s'il ne parlait que des interdictions visées à l'art. 86 c'est traiter d'un régime différent de celui que le législateur a établi. Cela laisserait planer de l'incertitude quant à la constitution-

fundamental principle that laws whose violation can result in imprisonment should be clear, certain and ascertainable.

Cases Cited

By Gonthier J.

Considered: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; **referred to:** *R. v. Williams* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 67; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *R. v. Alston* (1985), 36 M.V.R. 67; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hundal v. Superintendent of Motor Vehicles* (1985), 64 B.C.L.R. 273; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Correction Act, R.S.B.C. 1979, c. 70, ss. 1, 15, 16, 18, 19, 47.
Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2), 1981, S.B.C. 1981, c. 21, s. 55.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, ss. 25, 83, 84, 85, 86(1)(a)(ii), 87, 88(1)(a), (c), 94, 150(1), 214.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, Division 28.
Motor Vehicle Amendment Act, 1982, S.B.C. 1982, c. 36, s. 19.
Offence Act, R.S.B.C. 1979, c. 305, ss. 77, 122.

Authors Cited

British Columbia. Motor Vehicle Task Force. *Report*. Victoria: The Task Force, 1980.
Robertson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In *Charter Litigation*. Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.

nalité du régime, ce qui va à l'encontre du principe fondamental suivant lequel les lois dont la violation peut entraîner l'emprisonnement doivent être claires, certaines et vérifiables.

^a Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt examiné: *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; **arrêts mentionnés:** *R. v. Williams* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 67; *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *R. v. Alston* (1985), 36 M.V.R. 67; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hundal v. Superintendent of Motor Vehicles* (1985), 64 B.C.L.R. 273; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Smith, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

^f Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.
Correction Act, R.S.B.C. 1979, ch. 70, art. 1, 15, 16, 18, 19, 47.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2), 1981, S.B.C. 1981, ch. 21, art. 55.
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 25, 83, 84, 85, 86(1)(a)(ii), 87, 88(1)(a), (c), 94, 150(1), 214.
Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, Division 28.
Motor Vehicle Amendment Act, 1982, S.B.C. 1982, ch. 36, art. 19.
Offence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 305, art. 77, 122.

ⁱ Doctrine citée

British Columbia. Motor Vehicle Task Force. *Report*. Victoria: The Task Force, 1980.
Robertson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In *Charter Litigation*. Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 161, 52 C.C.C. (3d) 527, 74 C.R. (3d) 78, 47 C.R.R. 247, 19 M.V.R. (2d) 89, affirming a judgment of the British Columbia County Court (1988), 44 C.C.C. (3d) 166, 66 C.R. (3d) 236, 11 M.V.R. (2d) 120, finding mandatory minimum sentence to be cruel and unusual punishment. Appeal allowed, Lamer C.J. and McLachlin and Stevenson JJ. dissenting.

George H. Copley, for the appellant.

Kathryn Ford and *Jack Thorhaug*, for the respondent.

W. J. Blacklock, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Lawrence McInnes and *V. E. Toews*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

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

GONTHIER J.—The issue in the present appeal is whether s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is violated by the minimum sentence prescribed by s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, in its application to s. 88(1)(a) and s. 86(1)(a)(ii) of that Act.

I—Statement of Facts

On May 25, 1987, Willy Goltz was prohibited from driving by the B.C. Superintendent of Motor Vehicles, for a three-month period, pursuant to s. 86(1)(a)(ii) of the *Motor Vehicle Act* (“the Act”). The respondent had accumulated numerous penalty points for a variety of driving infractions, causing the Superintendent to deem the respondent’s driving record unsatisfactory and to declare that the public interest required that he be prohibited from driving. In pertinent part, the notice of prohibition sent by the Superintendent to the respondent read:

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 161, 52 C.C.C. (3d) 527, 74 C.R. (3d) 78, 47 C.R.R. 247, 19 M.V.R. (2d) 89, qui a confirmé une décision de la Cour de comté de la Colombie-Britannique (1988), 44 C.C.C. (3d) 166, 66 C.R. (3d) 236, 11 M.V.R. (2d) 120, jugeant cruelle et inusitée la peine minimale obligatoire en cause. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges McLachlin et Stevenson sont dissidents.

George H. Copley, pour l’appelante.

Kathryn Ford et *Jack Thorhaug*, pour l’intimé.

W. J. Blacklock, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Lawrence McInnes et *V. E. Toews*, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

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

LE JUGE GONTHIER—Il s’agit dans le présent pourvoi de déterminer si la peine minimale prescrite par l’al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, en tant qu’elle s’applique à l’al. 88(1)a) et au sous-al. 86(1)a)(ii) de ladite Loi, viole l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I—Exposé des faits

Le 25 mai 1987 le Superintendent of Motor Vehicles de la Colombie-Britannique («le surintendant des véhicules automobiles»), en application du sous-al. 86(1)a)(ii) de la *Motor Vehicle Act* («la Loi»), a interdit à Willy Goltz de conduire pendant une période de trois mois. L’intimé avait accumulé de nombreux points d’inaptitude pour diverses infractions aux règles de conduite automobile, ce qui a amené le surintendant à conclure au caractère insatisfaisant du dossier de conducteur de l’intimé et à déclarer qu’il fallait, dans l’intérêt public, lui interdire de conduire. L’avis d’interdiction envoyé par le surintendant à l’intimé porte notamment ce qui suit:

I ... SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES, hereby give you notice that I consider it to be in the public interest to prohibit you from driving a motor vehicle under section 86(1)(a)(ii) of the Motor Vehicle Act, and you are hereby prohibited.

This prohibition from driving commences on the date you receive this notice and continues for a term of 3 months.

I will consider any submissions in writing that you may wish to make as to why this prohibition order should be cancelled or should have a shorter term than set out above.

Your five year driving record is attached.

The specific nature of the respondent's infractions and the total of his accumulated points were not pleaded at trial, nor in the Court of Appeal.

On June 13, 1987, the respondent was stopped by an R.C.M.P. officer while driving a motor vehicle which the officer alleged was speeding. The respondent received a ticket for the alleged infraction, and upon discovery that he had been prohibited from driving, was given a "notice to appear", to answer a charge under s. 88(1) of the Act.

At trial in Provincial Court, the respondent was found guilty of the offence of driving while prohibited and was sentenced to the minimum penalty of seven days' imprisonment, to be served intermittently on consecutive three-day weekends, and a \$300 fine, to be paid within three months of the date of judgment. The constitutional validity of the minimum sentence was argued before the Provincial Court, which concluded that s. 12 of the *Charter* was not violated by s. 88(1) of the B.C. *Motor Vehicle Act*.

The respondent appealed the Provincial Court decision to the County Court of British Columbia where Hogarth Co. Ct. J. held that the sentencing provision in s. 88(1)(c) violated s. 12 of the *Charter* and could not be justified under s. 1. That determination was later upheld by the decision of the British

[TRADUCTION] Je [...] SURINTENDANT DES VÉHICULES AUTOMOBILES, vous avise par les présentes que j'estime nécessaire dans l'intérêt public de vous interdire de conduire un véhicule automobile conformément au sous-alinéa 86(1)a(ii) de la Motor Vehicle Act.

Il vous est donc défendu de conduire pendant une période de trois mois à compter de la date où vous recevrez le présent avis.

Je prendrai en considération tous motifs écrits que vous pourrez souhaiter faire valoir en faveur soit de l'annulation de la présente interdiction, soit d'une interdiction de plus courte durée.

Vous trouverez ci-joint votre dossier de conducteur pour les cinq dernières années.

La nature précise des infractions de l'intimé et le total de ses points d'inaptitude n'ont été en cause ni au procès ni en Cour d'appel.

Le 13 juin 1987, l'intimé s'est fait arrêter par un agent de la GRC alors qu'il se trouvait au volant d'un véhicule automobile qui, d'après l'agent, roulait à une vitesse excessive. L'intimé a reçu une contravention pour cette infraction et, quand on a découvert qu'il était sous le coup d'une interdiction de conduire, un «avis de comparaître» pour répondre à une accusation portée en vertu du par. 88(1) de la Loi lui a été remis.

À son procès en Cour provinciale, l'intimé a été reconnu coupable de conduite durant une interdiction et s'est vu infliger la peine minimale de sept jours d'emprisonnement, à purger de façon intermittente des fins de semaines consécutives de trois jours, et une amende de 300 \$, à payer dans les trois mois de la date du jugement. En Cour provinciale, on a contesté la constitutionnalité de la peine minimale et la cour a conclu que le par. 88(1) de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique ne violait pas l'art. 12 de la *Charte*.

L'intimé a porté la décision de la Cour provinciale en appel devant la Cour de comté de la Colombie-Britannique, où le juge Hogarth a statué que la disposition de l'al. 88(1)c) prescrivant la peine violait l'art. 12 de la *Charte* et ne pouvait se justifier aux termes de l'article premier. Cette décision a subsé-

Columbia Court of Appeal, which determination forms the subject matter of this appeal.

II—Relevant Legislation

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288

86. (1) Notwithstanding that a person is or may be subject to another prohibition from driving, where the superintendent considers it to be in the public interest, he may, with or without a hearing, prohibit the person from driving a motor vehicle

(a) where the person

. . . .

(ii) has a driving record that in the opinion of the superintendent is unsatisfactory,

87. (1) Every person who is prohibited from driving a motor vehicle under section 86 may, within 30 days after he receives notice of prohibition from driving a motor vehicle, appeal the prohibition to a County Court.

88. (1) A person who drives a motor vehicle on a highway or industrial road knowing that

(a) he is prohibited from driving a motor vehicle under section 84, 85, 86 or 214, or

(b) his driver's licence or his right to apply for or obtain a driver's licence is suspended under section 25, 83, 87, 88, 94 or 214X as it was before its repeal and replacement or its amendment came into force pursuant to the *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*,

commits an offence and is liable,

(c) on a first conviction, to a fine of not less than \$300 and not more than \$2 000 and to imprisonment for not less than 7 days and not more than 6 months . . .

Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, as amended, Division 28—Point System

28.01 When the superintendent is satisfied that a person has committed an offence or a traffic rule violation by breaching a provision described in the schedule, the superintendent shall record on the driving record of that person the number of point penalties for that breach as set out in the schedule.

quement été maintenue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dont l'arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

a II—Les dispositions législatives pertinentes

Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288

[TRADUCTION] 86. (1) Indépendamment du fait qu'une personne est ou peut être frappée d'une autre interdiction de conduire, le surintendant peut, lorsqu'il le juge opportun dans l'intérêt public, et sans nécessairement tenir d'audience, interdire à cette personne de conduire un véhicule automobile

a) si elle

. . . .

(ii) a un dossier de conducteur que le surintendant estime insatisfaisant,

87. (1) Toute personne frappée d'une interdiction de conduire un véhicule automobile en vertu de l'article 86 peut, dans les 30 jours qui suivent la réception d'un avis d'interdiction, en appeler de cette interdiction devant la Cour de comté.

88. (1) Quiconque conduit un véhicule automobile sur la route ou sur un chemin industriel en sachant

a) soit qu'il lui est interdit aux termes des articles 84, 85, 86 ou 214 de conduire un tel véhicule,

b) soit que son permis de conduire ou son droit de demander ou d'obtenir un tel permis est suspendu en vertu des articles 25, 83, 87, 88, 94 ou 214X tel qu'il était rédigé avant d'être abrogé et remplacé ou modifié par l'entrée en vigueur de la *Motor Vehicle Amendment Act, 1982*,

commet une infraction et est passible,

c) pour la première condamnation, d'une amende d'au moins 300 \$ et d'au plus 2 000 \$ et d'un emprisonnement d'au moins 7 jours et d'au plus 6 mois . . .

Motor Vehicle Act Regulations, B.C. Reg. 26/58, et modifications, Division 28—Points d'inaptitude

[TRADUCTION] 28.01 Le surintendant, s'il est convaincu qu'une personne a commis une infraction ou une violation des règles de conduite automobile en contrevenant à une disposition visée à l'annexe, porte au dossier de conducteur de cette personne le nombre de points d'inaptitude qu'entraîne, selon l'annexe, la contravention susvisée.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

III—Judgments in the Courts Below

British Columbia Provincial Court, Surrey, B.C.

The Trial Court decided it was bound by the decisions of the Vancouver County Court in *R. v. Williams* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 67, and the B.C. Court of Appeal in *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, to hold that s. 88(1) of the Act was valid and did not amount to the imposition of cruel and unusual punishment in terms of s. 12 of the *Charter*. It sentenced the respondent to seven days' imprisonment, to be served intermittently, over the course of consecutive three-day weekends.

Westminster County Court ((1988), 44 C.C.C. (3d) 166)

Judge Hogarth in the County Court of Westminster reviewed the relevant jurisprudence, including the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, before deciding that it was a certainty that sooner or later the prescribed penalty in a given case would be outrageous. Applying the test of gross disproportionality established by the majority in *Smith*, he determined that, in combination, ss. 88(1)(a) and (c) violate s. 12 of the *Charter*. He further held that the violation could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

British Columbia Court of Appeal ((1990), 43 B.C.L.R. (2d) 161)

The Court of Appeal, speaking unanimously through Wood J.A., upheld the decision of Hogarth Co. Ct. J. In its reasons for judgment, the Court noted that the test of cruel and unusual punishment employed by the majority in *Smith* was significantly different from that used in *Konechny*, *supra*, and that the emphasis in *Smith* on the personal characteristics

Charte canadienne des droits et libertés

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

^a III—Les jugements des instances inférieures

Cour provinciale de la Colombie-Britannique, Surrey (C.-B.)

^b La juridiction de première instance s'est estimée tenue, par la décision de la Cour de comté de Vancouver dans l'affaire *R. v. Williams* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 67, et par l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Konechny* (1983), 10 C.C.C. (3d) 233, de conclure que le par. 88(1) de la Loi était valide et ne prescrivait pas une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*. L'intimé a donc été condamné à sept jours d'emprisonnement, à purger de façon intermittente au cours de fins de semaine consécutives de trois jours.

Cour de comté de Westminster ((1988), 44 C.C.C. (3d) 166)

^e Le juge Hogarth de la Cour de comté de Westminster a passé en revue la jurisprudence pertinente, y compris l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, puis a décidé que, tôt ou tard, il se présenterait assurément un cas où il serait scandaleux d'infliger la peine prescrite. Appliquant le critère de la disproportion exagérée établi par les juges majoritaires dans l'affaire *Smith*, le juge Hogarth a conclu que, pris ensemble, les al. 88(1)(a) et (c) violaient l'art. 12 de la *Charte*. Il a conclu en outre que cette violation ne pouvait se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*.

^h *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* ((1990), 43 B.C.L.R. (2d) 161)

ⁱ La Cour d'appel, se prononçant unanimement par l'intermédiaire du juge Wood, a confirmé la décision du juge Hogarth de la Cour de comté. Dans ses motifs, la cour fait remarquer que le critère employé par la majorité dans l'affaire *Smith* pour déterminer ce qui constitue une peine cruelle et inusitée diffère nettement de celui appliqué dans l'arrêt *Konechny*, précité, et qu'il faut attacher une grande importance au fait que dans l'affaire *Smith* on a mis l'accent sur les caractéristiques personnelles du contrevenant et

of the offender and the particular circumstances of the offence was to be accorded great weight.

Despite the Court of Appeal's focus on the particular circumstances of a case, it compared the enforcement and sentencing provisions in s. 88 with those of other offences. It found that there was "little in the way of intrinsic danger to the community at large" by a commission of the offence of driving while prohibited and that, as a consequence, there was little justification for a minimum sentence of seven days' imprisonment. As Wood J.A. expressed this idea, at p. 170:

It is, after all, the nature of the driving, and not the fact that such driving is prohibited, which represents a danger to society. And yet, significantly, for many types of driving which the statute clearly identifies as dangerous, such as speeding, disobeying traffic control devices and driving without due care and attention, not only is there no required minimum term of imprisonment upon conviction, but the maximum punishment prescribed in each case is a number of penalty points, which are noted on the offender's driving record. . . .

When one looks to the criminal law, it is evident that there are many serious crimes the commission of which presents a real danger to society for which no mandatory minimum sentence is prescribed by the Criminal Code.

A comparison of the relative severity of those many offences at law which do not carry a mandatory jail term as punishment for a first conviction with that of the offence here under consideration leads me to the conclusion that there is no reason, in principle, why the latter must carry a mandatory minimum punishment of seven days' imprisonment.

The court stressed that the offence of driving while prohibited must be assessed on its own, without considering the offences and infractions which led up to the prohibition, at p. 173:

The circumstances of the offence which are relevant to the tests under consideration are those related to the driving which is prohibited, and not those which led to the prohibition. If a sentence of seven days is wholly

sur les circonstances particulières dans lesquelles l'infraction a été commise.

Bien qu'elle se soit arrêtée aux circonstances particulières de l'affaire, la Cour d'appel a comparé les dispositions de l'art. 88 relatives à son application et à la peine y prescrite et les dispositions analogues concernant d'autres infractions. Elle a conclu que l'infraction de conduite durant une interdiction ne présente que [TRADUCTION] «peu de danger intrinsèque pour l'ensemble de la collectivité» et que, par conséquent, un emprisonnement minimal de sept jours se justifie assez mal. Le juge Wood exprime ainsi ce point de vue, à la p. 170:

[TRADUCTION] Après tout, c'est la façon de conduire et non le fait que la conduite soit interdite qui représente un danger pour la société. Et pourtant, fait révélateur, pour bien des façons de conduire, tels l'excès de vitesse, le non-respect de la signalisation routière et la conduite imprudente, que la loi qualifie clairement de dangereuses, non seulement aucune peine d'emprisonnement minimale obligatoire n'est prévue en cas de déclaration de culpabilité, mais la peine maximale prescrite dans chaque cas est l'inscription d'un nombre déterminé de points d'inaptitude au dossier de conducteur du contrevenant . . .

Si l'on regarde le droit criminel, on constate qu'il existe un bon nombre de crimes graves, dont la perpétration présente un danger réel pour la société, à l'égard desquels aucune peine minimale obligatoire n'est prescrite par le Code criminel.

La comparaison de la gravité relative des nombreuses infractions en droit qui n'entraînent pas de peine d'emprisonnement obligatoire pour la première déclaration de culpabilité et de celle de l'infraction présentement en cause m'amène à conclure qu'il n'y a, en principe, pas de raison pour laquelle celle-ci comporterait une peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement.

La cour a souligné que l'infraction de conduite durant une interdiction doit être appréciée indépendamment, sans égard aux infractions aboutissant à l'interdiction de conduire (à la p. 173):

[TRADUCTION] Les circonstances de l'infraction qui sont pertinentes relativement aux critères que nous étudions sont celles liées à la conduite interdite et non celles qui ont mené à l'interdiction. Si une peine de sept jours

disproportionate in any given case . . . its constitutionality cannot be salvaged on the grounds that it is in some way justified as a form of supplementary punishment for offences of which the offender has already been convicted and for which he has already been punished.

In reflecting on hypothetical circumstances which might infringe s. 12, and emphasizing that there are an unlimited number of different circumstances under which the offence could be committed, the court proceeded to find a violation of s. 12 based on its view that "inevitably there will be cases where a mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment, plus a fine of \$300, will be so grossly disproportionate to what would otherwise have been appropriate that to impose such a sentence will clearly offend against s. 12 of the Charter" (p. 172). The court also noted that while a defence of necessity might in rare cases save an exceptional offender from the punishment prescribed by s. 88(1)(a), that defence would not eliminate the certainty that sooner or later a case of gross disproportionality would arise.

Finally, the court held that while the objective of protecting the public from bad drivers was important, and was rationally connected to the legislative purpose underlying the minimum sentence, namely to deter prohibited drivers from violating that prohibition, nevertheless the seven-day minimum did not impair the s. 12 right as little as possible, so it was not justifiable under s. 1 of the *Charter*. In its opinion, this conclusion was reinforced by the fact that no other province in Canada had thought it necessary to impose a mandatory minimum prison sentence on drivers found violating an official prohibition. The B.C. Court of Appeal therefore struck down the minimum punishment provided by s. 88(1)(c), and directed that the matter of the appropriate sentence be remitted to the Trial Court.

d'emprisonnement est tout à fait disproportionnée dans un cas donné [. . .] sa constitutionnalité ne peut être sauvegardée du fait qu'il s'agit d'une peine qui se justifie en quelque sorte en tant que sanction supplémentaire d'infractions dont le contrevenant a déjà été reconnu coupable et pour lesquelles il a déjà été puni.

Réfléchissant aux situations hypothétiques susceptibles d'aller à l'encontre de l'art. 12 et insistant sur le nombre illimité des différentes circonstances dans lesquelles l'infraction en cause pourrait être commise, la cour a conclu à une violation de l'art. 12 en se fondant sur son opinion qu'il [TRADUCTION] «y aura inévitablement des cas où une peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement assortie d'une amende de 300 \$ sera si exagérément disproportionnée à ce qui aurait autrement été approprié que l'infliger contreviendra manifestement à l'art. 12 de la Charte» (p. 172). La cour a fait remarquer en outre que, si le moyen de défense fondé sur la nécessité peut dans certaines situations exceptionnelles permettre au rare contrevenant de se soustraire à la sanction prescrite à l'al. 88(1)a), cette défense n'écartera aucunement la certitude que se présentera tôt ou tard un cas de disproportion exagérée.

En dernier lieu, la cour a dit que, bien que l'objectif de la protection du public contre les mauvais conducteurs soit important et ait un lien rationnel avec le but législatif sous-jacent à la peine minimale, soit de dissuader les conducteurs frappés d'interdiction de violer cette interdiction, la peine minimale de sept jours d'emprisonnement ne porte pas le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 12. Par conséquent, la peine ne peut se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*. D'après la cour, cette conclusion est renforcée par le fait qu'aucune autre province canadienne n'a jugé nécessaire d'infliger une peine d'emprisonnement minimale obligatoire aux conducteurs qui violent une interdiction officielle. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a en conséquence invalidé la peine minimale prévue à l'al. 88(1)c) et a ordonné que la question de la peine appropriée soit soumise au tribunal de première instance.

IV—Issues

The issues raised in this appeal are the following constitutional questions stated by Lamer C.J. on September 11, 1990:

1. Does the mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment, together with a fine of \$300, imposed pursuant to s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, for a first conviction of driving while prohibited infringe or deny rights and freedoms guaranteed by s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the mandatory minimum sentence imposed pursuant to s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, for a first conviction of driving while prohibited infringes or denies rights and freedoms guaranteed by s. 12 of the *Charter*, is that sentence justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Counsel for the Attorney General of British Columbia, in his oral submissions, limited his defence of s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, to prohibition orders imposed via s. 86(1)(a)(ii). I see no reason why the Attorney General of British Columbia could not so limit his case.

The constitutional questions are restricted in focus to the particular form of prohibition to which the respondent was subjected under s. 86(1)(a)(ii) of the Act. Other forms of prohibition, violation of which also trigger the mandatory minimum sentence in s. 88(1)(c), are not at issue in this appeal.

V—Analysis

1. Does the mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment, together with a fine of \$300, imposed pursuant to s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, for a first conviction of driving while prohibited infringe or deny rights and freedoms guaranteed by s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

IV—Les questions en litige

Les questions soulevées dans le présent pourvoi prennent la forme des questions constitutionnelles suivantes formulées par le juge en chef Lamer le 11 septembre 1990:

1. La peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement et de 300 \$ d'amende imposée, conformément à l'al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, pour une première déclaration de culpabilité de conduite sous le coup d'une interdiction porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la peine minimale obligatoire imposée conformément à l'al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, pour une première déclaration de culpabilité de conduite sous le coup d'une interdiction porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 12 de la *Charte*, cette peine est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans sa plaidoirie, le substitut du procureur général de la Colombie-Britannique a limité sa défense de l'al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act*, aux ordonnances d'interdiction rendues en vertu du sous-al. 86(1)a)(ii). Selon moi, rien n'empêchait le procureur général de la Colombie-Britannique de limiter ainsi sa défense.

Les questions constitutionnelles se limitent au type particulier d'interdiction dont l'intimé a été frappé en vertu du sous-al. 86(1)a)(ii) de la Loi. D'autres types d'interdictions, dont la violation entraîne également la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 88(1)c), ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

V—Analyse

1. La peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement et de 300 \$ d'amende imposée, conformément à l'al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, pour une première déclaration de culpabilité de conduite sous le coup d'une interdiction porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Background to the Challenged Provision

The Government of British Columbia established a Motor Vehicle Task Force in 1978. Its mandate was to examine the laws and procedures governing highway users in British Columbia and to recommend changes to promote safe driving habits, in order to reduce a growing number of accidents and bodily injury claims. After the Task Force issued its Report in 1980, the Legislative Assembly enacted a mandatory penalty for driving while a person's licence was suspended. It provided for a fine of not less than \$300 and for imprisonment of not less than seven days (*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2), 1981*, S.B.C. 1981, c. 21, s. 55). In 1982, the Assembly amended the *Motor Vehicle Act* to apply the mandatory penalty in s. 88 of the *Motor Vehicle Act* to prohibitions as well as to suspensions (*Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, c. 36, s. 19). That enactment was to give effect to one of the many recommendations of the Task Force. It is that amended provision which is challenged in this appeal.

Shortly after the mandatory sentencing provision came into effect, on August 15, 1981, the mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment was challenged in *R. v. Konechny, supra*, on the grounds that it violated s. 9 and s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A majority of the British Columbia Court of Appeal held that the sentencing provision did not violate the *Charter* because the sentence was not grossly disproportionate to the wrongdoing. Macdonald J.A. indicated, at p. 248, that the concept of cruel and unusual punishment "is restricted to punishment at a high level of severity" and agreed with McFarlane J.A. that seven days' imprisonment for driving when knowingly prohibited was not excessive.

The mandatory minimum in s. 88 of the Act was again challenged subsequent to this Court's determination in *R. v. Smith, supra*, with conflicting results in the County Court—in *R. v. Williams, supra*, and in the case on appeal. In the case on appeal, Wood J.A.

Historique de la disposition contestée

Le gouvernement de la Colombie-Britannique a constitué en 1978 un *Motor Vehicle Task Force* («groupe de travail»), dont le mandat était d'examiner les lois et les procédures applicables aux usagers des routes en Colombie-Britannique et de recommander des changements destinés à favoriser la prudence au volant, et ce afin de réduire le nombre croissant d'accidents et de demandes d'indemnisation pour lésions corporelles. Après que le groupe de travail eut présenté son rapport en 1980, l'assemblée législative a édicté une peine obligatoire pour quiconque conduisait alors que son permis de conduire était suspendu. Il s'agissait d'une amende d'au moins 300 \$ et d'une peine d'au moins sept jours d'emprisonnement (*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2), 1981*, S.B.C. 1981, ch. 21, art. 55). En 1982, l'assemblée a modifié la *Motor Vehicle Act* de manière à ce que la peine obligatoire prévue à l'art. 88 s'applique aux interdictions ainsi qu'aux suspensions (*Motor Vehicle Amendment Act, 1982*, S.B.C. 1982, ch. 36, art. 19). Cette disposition donnait suite à l'une des nombreuses recommandations du groupe de travail et c'est cette disposition modifiée qui est contestée en l'espèce.

Peu après l'entrée en vigueur de la disposition, le 15 août 1981, la peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement a été contestée dans l'affaire *R. v. Konechny*, précitée, au motif qu'elle enfreignait les art. 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a statué que la disposition prévoyant la peine ne violait pas la *Charte* parce que la peine n'était pas exagérément disproportionnée à l'infraction. Le juge Macdonald a indiqué, à la p. 248, que le concept d'une peine cruelle et inusitée [TRADUCTION] «se limite à une peine extrêmement sévère», et il a partagé l'avis du juge McFarlane que sept jours d'emprisonnement pour avoir conduit alors qu'on se savait sous le coup d'une interdiction n'avait rien d'excessif.

À la suite de l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *R. c. Smith*, précitée, la peine minimale obligatoire prescrite par l'art. 88 de la Loi a de nouveau été contestée à la Cour de comté—dans l'affaire *R. v. Williams*, précitée, et dans la présente espèce—avec

in the court below indicated at p. 168 that in his view:

... the decision of the majority in the *Smith* case must, in that sense, be taken to have reopened the issue which had apparently been decided in *Konechny*.

It is *Smith* which must therefore be closely examined. For it is the test set out there which led the Court of Appeal in this case to a different result than that reached in its initial review of s. 88(1)(c) in *Konechny, supra*.

The General Test for Determining Violations of s. 12 of the Charter

The current test for determining whether a law prescribes a cruel and unusual punishment was established in *R. v. Smith, supra, per* Lamer J., as he then was. The test was born of an extensive review of the history and meaning of the principle against cruel and unusual punishment, which background need not be repeated here. That test has been subsequently reaffirmed in the cases of *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, and *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711.

In *Smith*, the Court struck down a seven-year minimum sentencing provision which applied to the offence of importing narcotics under s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*. In its view, that mandatory sentence amounted to cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter*. Each member of the Court in *Smith* accepted the general principle that a sentence which is grossly or excessively disproportionate to the wrongdoing would infringe s. 12. The *Smith* test accords much weight to the particular circumstances of the offender and to the specific factual circumstances under which the offence was committed. The Court decided that the effects of the punishment on a particular individual are to be closely considered in assessing the constitutional validity of a prescribed sentence.

des résultats différents. Dans le cas qui nous occupe, le juge Wood de la Cour d'appel dit, à la p. 168, que, selon lui:

[TRADUCTION] ... la décision des juges majoritaires dans l'affaire *Smith* doit, à ce point de vue-là, être considérée comme ayant remis en cause la question qui semblait avoir été tranchée dans l'arrêt *Konechny*.

Il y a donc lieu d'examiner soigneusement l'arrêt *Smith*, car c'est le critère qui y est énoncé qui, en l'espèce, a amené la Cour d'appel à une conclusion différente de celle à laquelle elle était arrivée lors de son premier examen de l'al. 88(1)c) dans l'affaire *Konechny*, précitée.

Le critère général pour déterminer s'il y a violation de l'art. 12 de la Charte

Le critère actuellement employé pour déterminer si une loi prescrit une peine cruelle et inusitée a été posé par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Smith*, précité. Ce critère a été établi au terme d'une étude approfondie de l'histoire et de la portée du principe de l'interdiction des peines cruelles et inusitées, étude qu'il n'y a pas lieu de refaire ici. Le critère a depuis lors été confirmé dans les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, et *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711.

Dans l'arrêt *Smith*, la Cour a invalidé une disposition fixant une peine minimale de sept ans d'emprisonnement pour l'infraction d'importation de stupéfiants prévue au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. D'après la Cour, cette sanction obligatoire constituait une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte*. Chaque membre de la Cour qui a siégé dans l'affaire *Smith* a admis le principe général selon lequel une peine qui est exagérément ou excessivement disproportionnée à l'infraction va à l'encontre de l'art. 12. Le critère énoncé dans l'arrêt *Smith* tient fortement compte de la situation particulière du contrevenant et des circonstances spécifiques de l'infraction. La Cour a décidé qu'aux fins de déterminer la constitutionnalité d'une peine il faut porter une attention particulière aux effets de cette peine sur l'individu visé.

The general standard for determining s. 12 infringements is contained in the following passage from the judgment in *Smith*, at p. 1072:

... the protection afforded by s. 12 governs the quality of the punishment and is concerned with the effect that the punishment may have on the person on whom it is imposed. ... The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words of Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 688, “whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency”. In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

... The test for review under s. 12 of the *Charter* is one of gross disproportionality, because it is aimed at punishments that are more than merely excessive. [Emphasis added.]

Constitutive Elements of the General Test of Gross Disproportionality

Smith states that a determination of gross disproportionality must consider the following essential elements as stated by Lamer J., at p. 1073:

... the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender and the particular circumstances of the case in order to determine what range of sentences would have been appropriate to punish, rehabilitate or deter this particular offender or to protect the public from this particular offender. ...

One must also measure the effect of the sentence actually imposed.

The assessment must not examine a wider set of concerns at this point. Lamer J. indicated, at p. 1073:

The other purposes which may be pursued by the imposition of punishment, in particular the deterrence of other potential offenders, are thus not relevant at this stage of the inquiry. This does not mean that the judge or the legislator can no longer consider general deterrence or other penological purposes that go beyond the particular offender in determining a sentence, but only that the resulting sentence must not be grossly disproportionate to what the offender deserves. If a grossly disproportionate sentence is “prescribed by law”, then

La norme générale à appliquer pour décider s’il y a eu violation de l’art. 12 se trouve énoncée dans le passage suivant tiré de l’arrêt *Smith*, à la p. 1072:

... la protection accordée par l’art. 12 régit la qualité de la peine et vise l’effet que la peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée. [...] Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l’art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Laskin à la p. 688 de l’arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d’autres termes, bien que l’État puisse infliger une peine, l’effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

... Le critère applicable à l’examen en vertu de l’art. 12 de la *Charte* est celui de la disproportion exagérée, étant donné qu’il vise les peines qui sont plus que simplement excessives. [Je souligne.]

Les éléments constitutifs du critère général de la disproportion exagérée

Suivant l’arrêt *Smith*, pour vérifier s’il y a disproportion exagérée, on doit prendre en considération les éléments essentiels suivants, exposés par le juge Lamer à la p. 1073:

... la gravité de l’infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les circonstances particulières de l’affaire afin de déterminer quelles peines auraient été appropriées pour punir, réhabiliter ou dissuader ce contrevenant particulier ou pour protéger le public contre ce dernier ...

Il faut également évaluer l’effet de la peine qui est effectivement infligée.

La portée de l’examen ne doit pas être élargie à ce stade-ci. Comme l’indique le juge Lamer, à la p. 1073:

Ainsi, les autres objectifs que peut viser l’imposition d’une peine, en particulier la dissuasion d’autres contrevenants en puissance, sont sans importance à cette étape de l’analyse. Cela signifie non pas que le juge ou le législateur ne peut plus, en déterminant une peine, prendre en considération la dissuasion générale ou d’autres objectifs pénologiques qui vont au delà du contrevenant particulier, mais seulement que la peine qui résulte ne doit pas être exagérément disproportionnée à ce que mérite le contrevenant. Si une peine exagérément dis-

the purpose which it seeks to attain will fall to be assessed under s. 1. Section 12 ensures that individual offenders receive punishments that are appropriate, or at least not grossly disproportionate, to their particular circumstances, while s. 1 permits this right to be overridden to achieve some important societal objective.

Although not in themselves decisive to a determination of gross disproportionality, other factors which may legitimately inform an assessment are whether the punishment is necessary to achieve a valid penal purpose, whether it is founded on recognized sentencing principles, whether there exist valid alternatives to the punishment imposed, and to some extent whether a comparison with punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction reveals great disproportion. An arbitrarily imposed sentence does not necessarily result in gross disproportionality and does not necessarily violate s. 12. Lamer J. held that arbitrariness is “a minimal factor in the determination of whether a punishment or treatment is cruel and unusual” (at p. 1076), because s. 9 and s. 15 of the *Charter* are the provisions most suitably tailored to protect against it, and because s. 12 is concerned primarily with the effect of a punishment (at p. 1075).

The challenged provision of the *Narcotic Control Act* was held to infringe s. 12 because it was, at p. 1078:

... inevitable that, in some cases, a verdict of guilt will lead to the imposition of a term of imprisonment which will be grossly disproportionate.

This is what offends s. 12, the certainty, not just the potential.

As will be seen below, this formulation does not envision that any or all imaginable commissions of the offence in which the punishment would be grossly disproportionate to the wrongdoing warrant a finding of infringement of s. 12.

The foregoing elements govern application of the test of gross disproportionality under s. 12 of the *Charter*. It is not a simple test. It requires that multi-

proportionnée est prescrite «par une règle de droit», alors l'objectif qu'elle vise devra faire l'objet d'une évaluation en vertu de l'article premier. L'article 12 a pour effet d'assurer que chaque contrevenant se voie infliger une peine appropriée, ou tout au moins non exagérément disproportionnée, à sa situation particulière, alors que l'article premier permet de passer outre à ce droit afin de réaliser un objectif social important.

Bien qu'ils ne soient pas en soi déterminants pour décider s'il y a disproportion exagérée, d'autres facteurs peuvent légitimement entrer en ligne de compte. On peut se demander si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle repose sur des principes reconnus en matière de détermination de la peine, s'il existe des solutions de rechange valables à la peine effectivement infligée et, dans une certaine mesure, si la comparaison avec des peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort révèle une grande disproportion. Une peine infligée arbitrairement n'entraîne pas nécessairement une disproportion exagérée et ne viole pas nécessairement l'art. 12. Le juge Lamer affirme que le caractère arbitraire constitue «un facteur minime pour ce qui est de déterminer si une peine ou un traitement est cruel et inusité» (à la p. 1076), parce que ce sont les art. 9 et 15 de la *Charte* qui sont les dispositions les mieux conçues pour protéger contre le caractère arbitraire et parce que l'art. 12 vise surtout l'effet d'une peine (à la p. 1075).

La disposition contestée de la *Loi sur les stupéfiants* a été jugée contraire à l'art. 12 puisque (à la p. 1078):

... dans certains cas, un verdict de culpabilité entraînera inévitablement l'imposition d'une peine d'emprisonnement qui sera exagérément disproportionnée.

C'est ce qui porte atteinte à l'art. 12, savoir la certitude et non simplement la potentialité.

Comme nous allons le voir plus loin, il ne ressort pas de ce passage que tous les cas imaginables où la peine serait exagérément disproportionnée à l'infraction commise justifient une conclusion de violation de l'art. 12.

Les éléments énoncés ci-dessus régissent l'application du critère de la disproportion exagérée aux fins de l'art. 12 de la *Charte*. Ce critère n'est pas simple.

ple factors be carefully examined and weighed against each other, although each of the subordinate factors listed by Lamer J. in *Smith* need not be considered in every case. They are guidelines which, although not determinative in themselves, help to assess whether the punishment is grossly disproportionate (*Smith*, at p. 1074).

Moreover, it is clear from both *Smith* and *Lyons*, *supra*, that the test is not one which is quick to invalidate sentences crafted by legislators. The means and purposes of legislative bodies are not to be easily upset in a challenge under s. 12. In *Smith*, the Court explained, *per* Lamer J., at pp. 1077 and 1072:

A minimum mandatory term of imprisonment is obviously not in and of itself cruel and unusual. The legislature may, in my view, provide for a compulsory term of imprisonment upon conviction for certain offences without infringing rights protected by s. 12 of the *Charter*.

We should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation, and should leave to the usual sentencing appeal process the task of reviewing the fitness of a sentence. Section 12 will only be infringed where the sentence is so unfit having regard to the offence and the offender as to be grossly disproportionate.

This principle was confirmed by La Forest J., on behalf of the unanimous Court in *Lyons*, *supra*, at pp. 344-45:

The word "grossly", it seems to me, reflects this Court's concern not to hold Parliament to a standard so exacting, at least in the context of s. 12, as to require punishments to be perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender.

On behalf of this Court, Lamer C.J. again affirmed this approach in *Luxton*, *supra*, involving a s. 12 challenge to a section of the *Criminal Code* creating a 15-year increase in minimum parole eligibility for those convicted of murder during unlawful confinement. In rejecting the challenge, Lamer C.J. cited a

Il nécessite que plusieurs facteurs soient minutieusement examinés et soupesés, l'un par rapport à l'autre, quoique chacun des facteurs subsidiaires énumérés par le juge Lamer dans l'arrêt *Smith* n'ait pas à être pris en considération dans chaque cas. Ce sont des lignes directrices qui, sans être décisives en elles-mêmes, aident à vérifier si la peine est exagérément disproportionnée (*Smith*, à la p. 1074).

De plus, il se dégage nettement des arrêts *Smith* et *Lyons*, précités, que le critère en question ne permet pas l'invalidation inconsidérée de peines établies par le législateur. Les moyens employés et les buts visés par les corps législatifs ne doivent pas être facilement contrecarrés dans le cadre d'une contestation fondée sur l'art. 12. Dans l'arrêt *Smith*, le juge Lamer au nom de la Cour explique, aux pp. 1077 et 1072:

Une peine minimale obligatoire d'emprisonnement n'est manifestement pas cruelle et inusitée en soi. Le législateur peut, à mon avis, prescrire une peine obligatoire d'emprisonnement dans le cas d'une déclaration de culpabilité de certaines infractions sans porter atteinte aux droits garantis par l'art. 12 de la *Charte*.

Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution et laisser au processus normal d'appel en matière de sentence la tâche d'examiner la justesse d'une peine. Il n'y aura violation de l'art. 12 que si, compte tenu de l'infraction et du contrevenant, la sentence est inappropriée au point d'être exagérément disproportionnée.

Ce principe a été confirmé par le juge La Forest au nom de la Cour, qui s'est prononcée à l'unanimité, dans l'arrêt *Lyons*, précité, à la p. 345:

Le mot «exagérément», me semble-t-il, traduit le souci qu'avait cette Cour de ne pas astreindre le législateur à une norme à ce point sévère, tout au moins dans le contexte de l'art. 12, qu'elle exigerait des peines parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant.

Parlant au nom de notre Cour, le juge en chef Lamer a de nouveau confirmé ce point de vue dans *Luxton*, précité, où l'on contestait en vertu de l'art. 12 un article du *Code criminel* qui augmentait de quinze années la partie minimale de leur peine que devaient purger comme condition d'admissibilité à la libéra-

passage from *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (Ont. Dist. Ct.), which he had previously quoted in *Smith*, and which reads, at p. 725:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function, the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest cases. . . .

This message applies equally to the considered views of a provincial legislature for there is no material difference, from the perspective of *Charter* scrutiny under s. 12, between the acts of Parliament and the acts of a provincial legislative assembly. As well, since the minimum sentence prescribed by s. 88(1)(c) is the serious sanction of imprisonment, it is not significant that s. 88 creates an offence in a provincial statute and not an offence in the *Criminal Code*.

Further support for the principle that s. 12 will not easily be infringed is contained in the recent decision of this Court in *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385, *per* Cory J. The Court stated, at p. 1417:

It will only be on rare and unique occasions that a court will find a sentence so grossly disproportionate that it violates the provisions of s. 12 of the *Charter*. The test for determining whether a sentence is disproportionately long is very properly stringent and demanding. A lesser test would tend to trivialize the *Charter*.

The deference to legislated sentences signalled by these passages is especially comprehensible when one considers the broad and varied purposes of penal sanctions. In *Lyons, supra*, La Forest J. articulated the

tion conditionnelle les personnes reconnues coupables d'un meurtre commis au cours d'une séquestration. En rejetant cette contestation, le juge en chef Lamer a cité un passage de la décision *R. v. Guiller* (1986), 48 C.R. (3d) 226 (C. dist. Ont.), qu'il avait déjà cité dans l'arrêt *Smith*. Ce passage, reproduit à la p. 725, porte:

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes . . .

Ce message s'applique également aux vues mûrement réfléchies d'une législature provinciale, car il n'y a aucune différence appréciable, en ce qui concerne l'examen fondé sur l'art. 12 de la *Charte*, entre les lois du Parlement et celles d'une assemblée législative provinciale. Au surplus, comme la peine minimale prescrite par l'al. 88(1)c) revêt la forme de la sanction grave qu'est l'emprisonnement, il est dès lors sans importance que l'art. 88 crée une infraction à une loi provinciale et non au *Code criminel*.

Le principe voulant qu'il soit difficile d'enfreindre l'art. 12 est en outre étayé par l'arrêt récent de notre Cour *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, le juge Cory. La Cour dit, à la p. 1417:

Il arrivera très rarement qu'une cour de justice conclura qu'une peine est si exagérément disproportionnée qu'elle viole les dispositions de l'art. 12 de la *Charte*. Le critère qui sert à déterminer si une peine est beaucoup trop longue est à bon droit strict et exigeant. Un critère moindre tendrait à banaliser la *Charte*.

La retenue à l'égard des peines établies par voie législative dont témoignent ces passages se comprend particulièrement bien quand ont tient compte des objectifs généraux et divers que visent les sanctions

common view that while sentences are partly punitive in nature, they are mainly imposed for the protection of the public. This view accords with the purpose of the criminal law in general and of sentencing in particular. He stated, at p. 329:

In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender.

This acknowledgement that sanctions serve numerous purposes underscores the legitimacy of a legislative concern that sentences be geared in significant part to the continued welfare of the public through deterrent and protective aspects of a punishment. This perspective is explicitly affirmed in *R. v. Luxton, supra, per Lamer C.J.*, at p. 721. Thus, while the multiple factors which constitute the *Smith* test are aimed primarily at ensuring that individuals not be subjected to grossly disproportionate punishment, it is also supported by a concern to uphold other legitimate values which justify penal sanctions. These values unavoidably play a role in the balancing of elements in a s. 12 analysis.

Applying These Elements of the Smith Test to the Facts on Appeal

Reconciling "Particular Circumstances and Personal Characteristics" with the Need for General Assessment of the Validity of Challenged Legislation

Smith makes it plain that gross disproportionality must be determined by paying close attention both to the particular situation in which the offence occurred and to the personal traits of the offender, though it clearly does not go as far as a complete individualization of sentencing, which might put into question the constitutional validity of mandatory minimum sentences generally. Moreover, where the constitutional validity of a statutory provision is at stake, and not merely the justice of a particular sentence imposed by a judge at trial, it will often be necessary

pénales. Dans l'arrêt *Lyons*, précité, le juge La Forest exprime l'opinion courante selon laquelle les peines, bien que punitives en partie, sont infligées surtout pour la protection du public. Ce point de vue concorde avec l'objet du droit criminel en général et des peines en particulier. Le juge La Forest affirme, à la p. 329:

Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant.

Cette reconnaissance du fait que les sanctions servent à de nombreuses fins vient souligner la légitimité du souci du législateur de voir à ce que les peines soient destinées en grande partie à assurer de façon permanente le bien-être du public grâce à leurs aspects dissuasifs et protecteurs. Ce point de vue est expressément confirmé par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Luxton*, précité, à la p. 721. Donc, les divers facteurs qui constituent le critère formulé dans l'arrêt *Smith* visent surtout à garantir aux particuliers qu'ils ne se verront pas infliger des peines exagérément disproportionnées, mais le critère traduit en outre un souci de maintenir d'autres valeurs légitimes qui justifie l'application de sanctions pénales. Ces valeurs jouent inévitablement un rôle dans l'appréciation des éléments qui se fait dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 12.

L'application de ces éléments du critère posé dans l'arrêt Smith aux faits du présent pourvoi

Concilier les «circonstances particulières» et les «caractéristiques personnelles» d'une part et la nécessité d'une appréciation générale de la validité d'une loi contestée d'autre part

Il ressort nettement de l'arrêt *Smith* qu'en déterminant s'il y a disproportion exagérée, il faut tenir bien compte à la fois de la situation particulière dans laquelle l'infraction a eu lieu et des caractéristiques personnelles du contrevenant, quoique cet arrêt n'aille pas jusqu'à l'individualisation totale des peines, laquelle pourrait mettre en doute la constitutionnalité des peines minimales obligatoires en général. Par ailleurs, quand c'est la constitutionnalité d'une disposition législative qui est en jeu, et non pas simplement l'équité d'une peine particulière pronon-

to go beyond the specific facts of the appeal, to assess the proportionality of the sentence prescribed by statute. Thus if it were determined that the minimum sentence as applied to Willy Goltz in the case on appeal was not grossly disproportionate to the wrongdoing in the unique circumstances of the case, it would not follow that s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, as a piece of general legislation applicable to all motorists in British Columbia, complies with the strictures of s. 12 of the *Charter*. But this raises a question: how does the test in *Smith* reconcile a concern for the particular circumstances of the offence with a necessarily more general assessment of the challenged sentencing provision as a whole?

The question is not greeted by an immediate or obvious answer. The jurisprudence to date exhibits significant confusion about the use of hypothetical examples which may readily demonstrate that in some imaginable circumstances a minimum penalty might result in a punishment whose effects are grossly or excessively disproportionate to the particular wrongdoing in a given case.

The Two Aspects of an Analysis of the Application of s. 12

The Court in *Smith* employed a hypothetical example which illustrated the potential unfairness of the minimum penalty of seven years' imprisonment for importing narcotics under s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*. It painted a picture of a tourist returning to Canada from another country with one marijuana cigarette, and contrasted this "small offender" with a serious hard drug dealer convicted of importing a large quantity of heroin (at pp. 1056 and 1078). It held that the challenged sentence would be grossly disproportionate to the appropriate sentence in the case of that imaginary small offender. Thus, irrespective of the possible appropriateness of a seven-year prison term for the actual offender in *Smith*—a 27-year-old with two previous convictions, caught returning from Bolivia in possession of cocaine worth more than \$100,000 on the street, and who had

cée par un juge lors du procès, il s'avèrera souvent nécessaire d'aller au delà des faits précis sur lesquels portent l'appel pour évaluer la proportionnalité de la peine prescrite par la loi. Ainsi, dans l'hypothèse où il serait jugé que la peine minimale infligée à Willy Goltz en l'espèce n'était pas, dans les circonstances particulières de l'affaire, exagérément disproportionnée à l'infraction qu'il a commise, il ne s'ensuivrait pas que l'al. 88(1)(c) de la *Motor Vehicle Act*, en tant que loi de portée générale applicable à tous les automobilistes de la Colombie-Britannique, satisfait aux exigences de l'art. 12 de la *Charte*. Cela soulève toutefois une question: Comment le critère énoncé dans l'arrêt *Smith* concilie-t-il le souci de tenir compte des circonstances particulières de l'infraction et le caractère nécessairement plus général de l'appréciation de la disposition contestée fixant la peine, considérée dans son ensemble?

Il n'y a à cette question aucune réponse immédiate ni évidente. Jusqu'à maintenant la jurisprudence traduit une confusion certaine quant à l'utilisation d'exemples hypothétiques qui permettraient de démontrer facilement que, dans certaines circonstances concevables, une peine minimale pourrait représenter un châtement dont les effets seraient exagérément ou excessivement disproportionnés à l'infraction particulière dont il s'agit dans un cas donné.

Les deux aspects d'une analyse de l'application de l'art. 12

Dans l'arrêt *Smith*, la Cour s'est servie d'un exemple hypothétique qui faisait ressortir le caractère éventuellement inéquitable de la peine minimale de sept ans d'emprisonnement pour l'infraction d'importation de stupéfiants prévue au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Elle a évoqué le cas d'un touriste qui retourne au Canada avec une seule cigarette de marijuana et a mis la situation de ce «petit contrevenant» face à celle du vendeur de drogues dures reconnu coupable d'avoir importé une grande quantité d'héroïne (aux pp. 1056 et 1078). D'après la Cour, la peine contestée serait exagérément disproportionnée à ce qui serait approprié dans le cas de ce petit contrevenant imaginaire. La disposition avait donc une portée trop large, indépendamment du caractère approprié possible d'une peine de sept ans d'emprisonnement pour le contrevenant en cause

pleaded guilty to the charge—the provision cast too wide a net. It was invalid because its potential effects were so excessive as to outrage decency.

In this appeal also, the British Columbia Court of Appeal turned its mind, in an abstract fashion, to hypothetical circumstances before deciding that s. 88(1)(c) of the Act is invalid under s. 12. Although I am of the view that the approach of the Court of Appeal was in some respects mistaken, nonetheless it was appropriate for the Court of Appeal to contemplate hypothetical circumstances.

There are two aspects to the analysis of invalidity under s. 12. One aspect involves the assessment of the challenged penalty or sanction from the perspective of the person actually subjected to it, balancing the gravity of the offence in itself with the particular circumstances of the offence and the personal characteristics of the offender. If it is concluded that the challenged provision provides for and would actually impose on the offender a sanction so excessive or grossly disproportionate as to outrage decency in those real and particular circumstances, then it will amount to a *prima facie* violation of s. 12 and will be examined for justifiability under s. 1 of the *Charter*. There may be no need to examine hypothetical situations or imaginary offenders. This was not the case in *Smith*, and for that reason the Court was obliged to examine other reasonably imaginable circumstances in which the challenged law might violate s. 12.

If the particular facts of the case do not warrant a finding of gross disproportionality, there may remain another aspect to be examined, namely a *Charter* challenge or constitutional question as to the validity of a statutory provision on grounds of gross dispro-

dans l'affaire *Smith*—un individu âgé de 27 ans, dont le casier judiciaire faisait état de deux déclarations de culpabilité antérieures, qui, à son retour de Bolivie, a été surpris en possession de cocaïne d'une valeur marchande supérieure à 100 000 \$ et qui a plaidé coupable à l'accusation portée contre lui. Elle était entachée d'invalidité parce que ses effets possibles étaient excessifs au point d'être contraire à ce qui est acceptable.

Dans la présente affaire également, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, d'une manière abstraite, étudié certaines situations hypothétiques avant de conclure à l'invalidité de l'al. 88(1)c) de la Loi pour cause d'incompatibilité avec l'art. 12. Bien que je sois d'avis que la démarche adoptée par la Cour d'appel était erronée à certains égards, il était néanmoins approprié qu'elle prenne en considération des circonstances hypothétiques.

L'analyse de l'invalidité faite en vertu de l'art. 12 comporte deux aspects. L'un d'eux concerne l'appréciation de la peine ou de la sanction contestée dans l'optique de la personne à qui elle a en fait été infligée, en soupesant la gravité de l'infraction elle-même d'une part et les circonstances particulières de cette infraction et les caractéristiques personnelles du contrevenant d'autre part. Si l'on décide que la disposition contestée prévoit, et infligerait en réalité au contrevenant, une sanction à ce point excessive ou exagérément disproportionnée qu'elle irait à l'encontre de ce qui est acceptable dans ces circonstances réelles et particulières, elle constituera alors à première vue une violation de l'art. 12 et fera l'objet d'un examen visant à déterminer si elle peut se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il peut ne pas s'avérer nécessaire d'étudier des situations hypothétiques ou des contrevenants imaginaires. Tel n'a pas été le cas dans l'affaire *Smith*. C'est pourquoi la Cour s'est trouvée dans l'obligation d'examiner d'autres circonstances raisonnablement imaginables dans lesquelles la disposition contestée pourrait violer l'art. 12.

Si les faits particuliers de l'espèce ne justifient pas une conclusion de disproportion exagérée, il peut y avoir un autre aspect à examiner, savoir, une contestation fondée sur la *Charte* ou une question constitutionnelle concernant la validité d'une disposition

portionality as evidenced in reasonable hypothetical circumstances, as opposed to far-fetched or marginally imaginable cases. (See generally C. Robertson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness" in R. Sharpe, *Charter Litigation* (1987).)

The section 12 analysis must now be undertaken as to both aspects. In the "particularized" section of analysis, the considerations of gravity of the offence, the particular circumstances of the case, the personal characteristics of the offender, and the effects of the sentence must be examined in light of the facts of the instant appeal.

First Aspect: Applying the Smith Test to the Actual Offender

(i) Gravity of the Offence

An order of prohibition made under s. 86(1)(a)(ii) of the B.C. *Motor Vehicle Act* is aimed in large measure at safeguarding the health and lives of citizens using the highways of a province. This aim is directly reflected in s. 86(1)(a)(ii) of the Act which specifies two principal conditions which must be satisfied before the Superintendent may use his authority to prohibit a person from driving. The first is that the prohibited individual must have built up an "unsatisfactory driving record". The second is that the prohibition be "in the public interest".

Only bad drivers with an unsatisfactory driving record are prohibited under s. 86(1)(a)(ii) of the Act because it is especially those drivers who are dangerous to innocent citizens using the roads in a responsible manner. As the Crown argued, the purpose of s. 88(1)(c) is straightforward. It is: "to keep proven bad drivers off the road. By general and specific deterrence, it discourages a person from driving while prohibited and thus promotes safety generally on the highways."

législative fondée sur la disproportion exagérée démontrée par des circonstances hypothétiques raisonnables, par opposition à des situations invraisemblables ou difficilement imaginables. (Voir d'une manière générale C. Robertson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness», dans R. Sharpe, *Charter Litigation* (1987).)

Il s'agit donc maintenant d'entreprendre l'analyse fondée sur l'art. 12 en tenant compte des deux aspects. Nous devons, dans la partie «particularisée» de l'analyse, examiner à la lumière des faits de la présente espèce la gravité de l'infraction, les circonstances particulières de l'affaire, les caractéristiques personnelles du contrevenant et les effets de la peine.

Premier aspect: l'application au contrevenant en cause du critère établi dans l'arrêt Smith

(i) La gravité de l'infraction

L'interdiction prononcée en vertu du sous-al. 86(1)a(ii) de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique vise dans une large mesure à protéger la santé et la vie des personnes qui circulent sur les routes de la province. Ce but se manifeste directement au sous-al. 86(1)a(ii) de la Loi, qui énonce les deux conditions principales à remplir pour que le surintendant puisse exercer son pouvoir d'interdire à une personne de conduire. La première exige que l'individu frappé d'interdiction ait un «dossier de conducteur insatisfaisant», la seconde, que l'interdiction soit «dans l'intérêt public».

Seuls les mauvais conducteurs dont le dossier est insatisfaisant se voient interdits en vertu du sous-al. 86(1)a(ii) de la Loi parce que ce sont surtout ces conducteurs qui présentent un danger pour les citoyens innocents qui utilisent les routes d'une manière responsable. Ainsi que l'a fait valoir le ministère public, l'objet de l'al. 88(1)c) est simple: [TRADUCTION] «Empêcher de circuler sur la route ceux qui sont des mauvais conducteurs avérés. Au moyen d'une dissuasion à la fois générale et particulière, cette disposition décourage la conduite durant une interdiction et elle sert ainsi à favoriser la sécurité routière d'une manière générale.»

The administrative scheme for the prohibition of bad drivers and imposition of mandatory minimum sentences was enacted as a consequence of the extensive study by the Motor Vehicle Task Force. It had found that the more penalty points a driver had as a result of driving infractions, the more likely it was that the individual would not be a responsible, safe driver.

The Act's emphasis on the promotion of responsible driving and penalizing of irresponsible driving is further reflected in the requirement in the offence that a person knowingly drive while prohibited. This is expressly provided by s. 88(1) which reads: "A person who drives a motor vehicle on a highway or industrial road knowing that (a) he is prohibited from driving a motor vehicle . . . commits an offence" (emphasis added). The section has been interpreted accordingly (*R. v. Alston* (1985), 36 M.V.R. 67 (B.C.C.A.)). A driver who drove while prohibited from driving, yet who was unaware of the prohibition, is not as irresponsible as the person who contemptuously drives while knowing that he is prohibited from doing so. In that respect, it is a graver offence knowingly to drive while prohibited than would be an offence of driving while unaware of a prohibition.

Additionally, because the offence is difficult to detect—since a police officer will not know a driver has been prohibited until that driver is stopped and questioned—there is a great temptation on the part of many prohibited drivers to commit the offence. Consequently a legislature may rationally conclude that for the purpose of deterrence a serious penalty must attach to it.

In step with the Court of Appeal, the respondent argued that a distinction must be made between the offence of driving while prohibited and the infractions giving rise to it. He asserts that the gravity of the infractions cannot contribute to the gravity of the s. 88(1) offence since they are separate offences with separate sentences. The respondent argued further

Le régime administratif prévoyant l'interdiction des mauvais conducteurs et prescrivant des peines minimales obligatoires a été adopté par suite d'une étude exhaustive, réalisée par le Motor Vehicle Task Force, d'où il se dégageait que plus un conducteur avait accumulé de points d'inaptitude résultant d'infractions aux règles de conduite automobile, plus il était probable qu'il n'était pas un conducteur responsable et prudent.

Que favoriser la conduite responsable et punir la conduite irresponsable soient les points sur lesquels insiste la Loi se dégage en outre de l'exigence, pour qu'il y ait infraction, qu'une personne conduite sciemment alors qu'elle est sous le coup d'une interdiction. C'est ce que prévoit expressément le par. 88(1), qui porte: [TRADUCTION] «Quiconque conduit un véhicule automobile sur la route ou sur un chemin industriel en sachant a) qu'il lui est interdit [. . .] de conduire un tel véhicule [. . .] commet une infraction». [Je souligne.] Ce paragraphe a été interprété en conséquence (*R. v. Alston* (1985), 36 M.V.R. 67 (C.A.C.-B.)). Un conducteur qui conduit sous le coup d'une interdiction dont il ignore l'existence n'est pas irresponsable au même degré qu'une personne qui, par mépris, conduit en sachant que cela lui est interdit. À cet égard, conduire alors qu'on se sait sous le coup d'une interdiction représente une infraction plus grave que de conduire alors que l'on est sous le coup d'une interdiction dont on n'est pas au courant.

De plus, comme l'infraction en question est difficile à détecter—car un policier ne se rendra compte qu'un conducteur est sous le coup d'une interdiction qu'après l'avoir arrêté et interrogé—, beaucoup de conducteurs frappés d'interdiction éprouveront une forte tentation de commettre l'infraction. Cela étant, le législateur peut rationnellement conclure que, pour assurer la dissuasion, cette infraction doit entraîner une peine sévère.

Se fondant sur ce qu'a dit la Cour d'appel, l'intimé a fait valoir qu'il faut faire une distinction entre l'infraction de conduite durant une interdiction et les infractions dont elle procède. Il affirme que la gravité de ces dernières infractions ne saurait contribuer à la gravité de l'infraction prévue au par. 88(1) puisqu'il s'agit d'infractions distinctes assorties de peines dis-

that the purpose of s. 88(1)(c) is not to keep bad drivers off the road but to punish those individuals who, having lost their driving privileges, simply decide to drive. With respect, I must disagree with such reasoning.

The purpose and effect of the seven-day minimum sentence cannot reasonably be understood without reference to the underlying traffic rule infractions or *Criminal Code* offences which will have been committed by a person convicted under s. 86(1)(a)(ii). The record of those infractions is the principal justification for punishment and proof of the threat to public safety by the continued driving of the prohibited driver. While it is possible in logic to draw a line between the offence of knowingly driving while prohibited *simpliciter* and the driving offences upon which that offence is grounded, common sense and the purposes of the legislative scheme do not permit the distinction. Assessing the gravity of the offence of knowingly driving while prohibited, without considering the reasons for the prohibition, would be mere abstraction; an assessment in a vacuum. To analyze s. 88(1)(c) without considering the conduct it is dependent on for its justification would be like attempting to understand a provision stating "X is subject to the foregoing definition in subsection (1)" without first examining subsection (1). The meaning of "X" can only be gathered when one knows what precedes it.

Evidence was introduced at trial which showed that a small number of bad drivers are involved with a disproportionate number of traffic-related accidents overall. One estimate adduced by counsel for the Crown claimed that five percent of the drivers in British Columbia are involved in 44 percent of the reported accidents. As the Superintendent of Motor Vehicles noted in his 1987 Report:

tinctes. L'intimé a soutenu également que l'al. 88(1)c vise non pas à bannir les mauvais conducteurs de la route, mais à punir les individus qui, étant déchés du droit de conduire, décident simplement de conduire. Avec égards, je ne puis admettre ce raisonnement.

On ne peut arriver à une compréhension rationnelle de l'objet et de l'effet de la peine minimale de sept jours d'emprisonnement sans tenir compte des infractions aux règles de conduite automobile ou au *Code criminel* dont elle découle commises par une personne reconnue coupable en vertu du sous-al. 86(1)a(ii). C'est le dossier faisant état de ces infractions qui constitue à la fois la principale justification de la sanction et la preuve de la menace pour la sécurité du public que présenterait le conducteur interdit s'il continuait à conduire. Quoiqu'il soit théoriquement possible de tracer une ligne de démarcation entre l'infraction, prise isolément, de conduite alors qu'on se sait sous le coup d'une interdiction et les infractions aux règles de conduite automobile sur lesquelles repose la première infraction, ni le bon sens ni les objets du régime législatif n'admettent une telle distinction. Apprécier, sans prendre en considération les motifs de l'interdiction, la gravité de l'infraction consistant à conduire en se sachant sous le coup d'une interdiction serait de la pure abstraction—une appréciation faite en dehors de tout contexte. Analyser l'al. 88(1)c sans tenir compte du comportement dont procède sa justification reviendrait à tenter de comprendre une disposition portant que «X est assujéti à la définition figurant au paragraphe (1)» sans examiner d'abord ledit par. (1). Le sens de «X» ne peut être déterminé que si l'on sait ce qui le précède.

On a produit au procès des éléments de preuve dont il ressort que, dans l'ensemble, un petit nombre de mauvais conducteurs sont impliqués dans un nombre disproportionné d'accidents reliés à la circulation routière. Selon une estimation produite par le substitut du procureur général, 5 pour 100 des conducteurs en Colombie-Britannique sont impliqués dans 44 pour 100 des accidents signalés. Comme le note le surintendant des véhicules automobiles dans son rapport de 1987:

In British Columbia, traffic accidents and traffic law violations represent the single largest financial burden on the citizens and government of this Province. . . . The cost in human terms cannot be measured.

Motor vehicle accidents have been increasing steadily since 1984, with 1987 figures the highest recorded since 1981. Last year in British Columbia a total of 622 persons were killed in motor vehicle accidents and 41,291 people were injured. This translates to an average of 113 persons injured each day, and one person killed every 14 hours.

The importance of seriously punishing bad drivers who, in open contempt of the law and in contravention of a direct order by the Government, choose to drive while prohibited has already been noted in a decision of this Court. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he then was) on behalf of the majority wrote, at p. 521:

I do not take issue with the fact that it is highly desirable that "bad drivers" be kept off the road. I do not take issue either with the desirability of punishing severely bad drivers who are in contempt of prohibitions against driving.

Although these comments were made in the course of a s. 1 analysis, in a challenge to an absolute liability offence attracting a mandatory minimum sentence, and are therefore not directly pertinent when considering the gravity of the offence under s. 12, nevertheless the statement is an acknowledgment that the offence of driving while prohibited for having a record of bad driving is very serious and one which may warrant severe punishment. To that extent, it supports the case for the Crown.

The gravity of the offence of driving while prohibited is made more obvious upon review of the Act's procedural safeguards. One's understanding of the seriousness of the offence is advanced by examining the Superintendent's sound administrative system

[TRADUCTION] En Colombie-Britannique, les accidents de la circulation et les infractions au code de la route représentent la plus lourde charge financière qu'aient à supporter les citoyens et le gouvernement de la province. [. . .] Le coût sur le plan humain est incommensurable.

Les accidents de véhicules automobiles ne cessent d'augmenter depuis 1984 et les chiffres pour l'année 1987 sont les plus élevés depuis 1981. L'année dernière en Colombie-Britannique pas moins de 622 personnes ont perdu la vie dans des accidents de la route et le nombre des blessés a été de 41 291. Cela équivaut en moyenne à 113 blessés par jour et à un mort toutes les 14 heures.

L'importance d'infliger un châtement sévère aux mauvais conducteurs qui, méprisant ouvertement la loi et en contravention d'une ordonnance directe du gouvernement, choisissent de conduire alors qu'ils sont sous le coup d'une interdiction, a déjà été soulignée dans un arrêt de notre Cour. En effet, dans *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) écrit au nom de la majorité, à la p. 521:

Je ne conteste pas le fait qu'il est tout à fait souhaitable d'éliminer les «mauvais conducteurs» de la route. Je ne conteste pas non plus l'utilité de punir sévèrement les mauvais conducteurs qui prennent le volant malgré l'interdiction de le faire.

Quoique ces observations interviennent au cours d'une analyse fondée sur l'article premier, effectuée dans une affaire où l'on contestait une infraction de responsabilité absolue entraînant une peine minimale obligatoire, et qu'elles ne soient pas en conséquence directement pertinentes lorsqu'il s'agit d'examiner la gravité d'une infraction en vertu de l'art. 12, la déclaration n'en reconnaît pas moins que l'infraction de conduite alors qu'on est sous le coup d'une interdiction découlant d'un dossier de mauvais conducteur est très grave et peut justifier une peine sévère. Dans cette mesure la déclaration en question appuie le point de vue du ministère public.

La gravité de l'infraction de conduite durant une interdiction devient plus évidente à l'examen des mesures protectrices d'ordre procédural prévues par la Loi. On saisit mieux la gravité de cette infraction quand on examine le régime administratif solide éta-

which identifies bad drivers, for its regulatory safeguards ensure that only bad drivers will be prohibited from driving under s. 88(1)(a) in application to s. 86(1)(a)(ii) of the Act.

In the first place, the *Motor Vehicle Act* provides for a penalty point system which calculates accumulating demerits, ranging from two to ten points depending on the severity of the offence. At various levels of accumulated points, the Superintendent is notified. The Superintendent then takes measures to issue a letter of warning to a driver, indicating that if he or she continues to accumulate penalty points the Superintendent may take remedial steps. Once a driver accumulates 15 penalty points, the Superintendent is again alerted and he will then decide to either place the driver on probation, send a notice of intent to prohibit which gives the driver 21 days to show why his or her licence should not be suspended, or actually issue a notice of prohibition.

If the Superintendent ultimately sends a notice of prohibition, it is his practice to invite the person to make submissions in writing as to why the prohibition order should be cancelled or shortened in duration and to indicate that the Superintendent will review the person's case if such submissions are received. In the instant appeal, the respondent was sent such a letter. The letter also advises the driver of his or her right to appeal the Superintendent's final decision to a judge of the County Court, under s. 87 of the Act, and further notifies the driver of the minimum penalty imposed upon a conviction of driving while prohibited. If a driver disputes the accuracy of the driving record, the Superintendent's practice is to hold the prohibition in abeyance while determining whether an error was made in the calculation of points. Of course, it is also open to the driver to dispute the merits of a traffic rule infraction at the time of the alleged infraction. Finally, in exercising his authority to prohibit a person from driving in the public interest, he must at all times exercise it in accordance with the principles of natural justice (*Hundal v. Superintendent of Motor Vehicles* (1985),

bli par le surintendant et permettant d'identifier les mauvais conducteurs, car, grâce aux mesures protectrices réglementaires que comporte ce régime, seuls les mauvais conducteurs se verront interdits de conduire en vertu de l'al. 88(1)a en tant qu'il s'applique au sous-al. 86(1)a)(ii) de la Loi.

En premier lieu, la *Motor Vehicle Act* prévoit l'attribution de points d'inaptitude qui s'accumulent à raison de deux à dix par infraction, selon la gravité de celle-ci. Quand les points accumulés atteignent certains niveaux, le surintendant en est avisé. Ce dernier fait alors tenir au conducteur une lettre d'avertissement lui faisant savoir que, si les points d'inaptitude continuent de s'accumuler, il pourra prendre des mesures correctives. Dès qu'un conducteur atteint 15 points d'inaptitude, le surintendant en est de nouveau informé et il décide à ce moment-là soit d'imposer au conducteur une période probatoire, soit de l'aviser de son intention de prononcer l'interdiction laissant au conducteur un délai de 21 jours pour présenter des raisons pour lesquelles son permis ne devrait pas être suspendu, soit de lui faire parvenir en fait un avis d'interdiction.

Si le surintendant finit par envoyer un avis d'interdiction, il invite habituellement l'intéressé à lui présenter des observations écrites exposant les raisons pour lesquelles l'ordonnance d'interdiction devrait être annulée ou la durée de l'interdiction réduite. Le surintendant indique en outre qu'il étudiera le cas de cette personne sur réception de ces observations. En l'espèce, une telle lettre a été envoyée à l'intimé. Il s'agit d'une lettre qui, en outre, informe le conducteur de son droit de porter la décision finale du surintendant en appel devant un juge de la Cour de comté conformément à l'art. 87 de la Loi, et le met au courant aussi de la peine minimale dont il devient passible s'il est reconnu coupable de conduite durant une interdiction. Si le conducteur conteste l'exactitude de son dossier, le surintendant suspend normalement l'interdiction pendant qu'il détermine si une erreur a été commise dans le calcul des points. Bien sûr, il est également loisible au conducteur de contester au fond, au moment où elle aurait été commise, toute infraction aux règles de conduite automobile qui a pu lui être imputée. Finalement, en exerçant son pouvoir d'interdire à une personne de conduire dans l'intérêt

64 B.C.L.R. 273 (C.A.), *per* Nemetz, C.J.B.C., at pp. 275-76, *Motor Vehicle Act Regulations*, Division 28).

While, as *Smith* indicates, the test of gross disproportionality is not dependent on procedural safeguards built into an offence, nonetheless a review of these procedures in the instant appeal markedly reveals that the offence is not trivial or arbitrary. On the contrary, the mandatory minimum sentence contained in s. 88(1)(c) and applicable to s. 86(1)(a)(ii) is based squarely on a legislative concern to isolate bad drivers for the better protection of the public. Most importantly, it demonstrates that a person who has been given this panoply of safeguards against wrongful or inappropriate prohibition, yet knowingly violates the notice in contempt of the public interest and the sanction which seeks to protect it, commits a graver offence than a person who violated the prohibition unwittingly and who had not been given this range of intermediate opportunities to mend his ways, to inquire into the reasons for the prohibition, and to appeal the Superintendent's decision.

The consequences of a prohibition will, of course, be known to both the superintendent and the judge on the appeal. This provides a reasonable assurance that the prohibition will not be imposed for a trivial infraction. To posit that a prohibition can occur for a trifling reason is to assume failure of the system. There is no evidence of this having occurred and it is not suggested that it occurred in this case.

In partial summary, it must be said that commission of the offence specified by s. 86(1)(a)(ii) and s. 88(1) of the *Motor Vehicle Act* is grave. It may involve a risk to the lives and limbs of innocent users of the province's roads, by persons designated bad drivers by a fair and cautious identification system, who knowingly step outside the law.

public, le surintendant doit toujours agir en conformité avec les principes de justice naturelle (*Hundal v. Superintendent of Motor Vehicles* (1985), 64 B.C.L.R. 273 (C.A.), le juge en chef Nemetz, aux pp. 275 et 276, *Motor Vehicle Act Regulations*, division 28).

Bien que, comme l'indique l'arrêt *Smith*, le critère de la disproportion exagérée ne dépende pas de l'inclusion de mesures protectrices d'ordre procédural dans l'énoncé de l'infraction, il ressort nettement de l'examen de ces mesures en l'espèce que l'infraction n'est pas insignifiante et n'a rien d'arbitraire. Au contraire, la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 88(1)c) et applicable dans le cas envisagé au sous-al. 86(1)a)(ii) procède directement du souci du législateur d'isoler les mauvais conducteurs afin de mieux protéger le public. Fait encore plus important, il en découle que la personne qui bénéficie de cet ensemble de mesures protectrices contre l'interdiction injustifiée ou inopportune et qui pourtant omet sciemment de tenir compte de l'avis au mépris de l'intérêt public et de la sanction destinée à protéger cet intérêt, commet une infraction plus grave que celle qui viole inconsciemment l'interdiction et à qui n'ont pas été accordées toutes ces possibilités d'améliorer son comportement, de demander les motifs de l'interdiction et d'interjeter appel de la décision du surintendant.

Bien entendu, tant le surintendant que le juge siégeant en appel sont au courant des conséquences de l'interdiction. On peut donc être raisonnablement certain que l'interdiction ne résultera pas d'une infraction insignifiante. Poser comme principe que l'interdiction peut être prononcée pour une vétille revient à supposer l'échec du système. Or, rien ne prouve qu'une telle chose se soit jamais produite et personne ne prétend que c'est ce qui s'est passé en l'espèce.

En résumé partiel, il faut dire que la perpétration de l'infraction prévue au sous-al. 86(1)a)(ii) et au par. 88(1) de la *Motor Vehicle Act* est grave. Elle peut mettre en danger même la vie d'innocents usagers des routes de la province du fait que des personnes désignées mauvais conducteurs dans le cadre d'un système juste et prudent d'identification désobéissent sciemment à la loi.

(ii) The Particular Circumstances of the Case, and(ii) Les circonstances particulières de l'affaire, et(iii) The Personal Characteristics of the Offender(iii) Les caractéristiques personnelles du contrevenant

Here the particular circumstances of the offence are straightforward. Although the number of penalty points which the respondent had accumulated prior to his prohibition was not submitted to the Court, we have seen that the administrative practice of the Superintendent of Motor Vehicles in British Columbia is to wait until numerous points have accumulated before ultimately deciding whether, in the public interest, a prohibition is necessary. Counsel for the Crown indicated that there will have been a number of traffic rule violations or several *Criminal Code* convictions demonstrating unsafe driving habits before a notice of prohibition is issued. A decision to prohibit will typically be made if a driver has amassed 15 points in a two-year period. That the respondent had demonstrated himself to be an irresponsible or bad driver is not at issue. It appears from the record that he did not take the opportunity to dispute the accuracy of the record of penalty points on which his unsatisfactory driving was based. At no point in argument did the respondent take exception to this basic premise.

En l'espèce, les circonstances particulières de l'infraction sont simples. Bien qu'on n'ait pas fait connaître à la Cour le nombre de points d'inaptitude accumulés par l'intimé antérieurement à son interdiction, nous avons déjà constaté que la pratique administrative suivie par le surintendant des véhicules automobiles de la Colombie-Britannique est d'attendre que beaucoup de points se soient accumulés avant de décider finalement si l'interdiction s'impose dans l'intérêt public. Le substitut du procureur général a indiqué qu'il faut un bon nombre d'infractions aux règles de conduite automobile, ou plusieurs déclarations de culpabilité d'infractions au *Code criminel*, témoignant d'un manque de prudence au volant, pour que soit délivré un avis d'interdiction. La décision de prononcer l'interdiction est prise normalement dans le cas d'un conducteur qui amasse 15 points sur une période de deux ans. Il n'est pas contesté que l'intimé se soit montré un conducteur irresponsable ou mauvais. Il ressort du dossier qu'il ne s'est pas prévalu de la possibilité de contester l'exactitude du nombre de points d'inaptitude retenus comme établissant le caractère insatisfaisant de sa façon de conduire. À aucun moment au cours des débats l'intimé ne s'est opposé à cette prémisse fondamentale.

From a strict rule of law perspective, it might be preferable that the regulations under the *Motor Vehicle Act* were specified in a type of hierarchical code in which the exact total of penalty points derived from various combinations of traffic or driving offences would trigger prohibition. Such a code would remove discretion from the decision. Yet that would lose the advantages of flexibility and would result in an unworkable system. In effect, it would prevent the Motor Vehicle Branch from considering the unique mix of bad driving elements in a person's particular driving record.

Du point de vue de la stricte primauté du droit, il pourrait être préférable que les règlements pris sous le régime de la *Motor Vehicle Act* soient énoncés dans une espèce de code hiérarchisé où serait prévu le nombre exact de points d'inaptitude résultant de différentes combinaisons d'infractions aux règles de conduite automobile qui donnerait lieu à l'interdiction. Un tel code aurait certes pour effet d'exclure de la décision tout pouvoir discrétionnaire, mais entraînerait la perte des avantages de la souplesse et rendrait en fait impossible le fonctionnement du système. En fait, le Motor Vehicle Branch (le «bureau des véhicules automobiles») serait ainsi dans l'impossibilité de prendre en considération le mélange unique d'incidents de mauvaise conduite qui constituent le dossier particulier d'un conducteur.

The regulations under the Act list 148 different forms of traffic law breaches and *Criminal Code* offences to which various penalty points attach. They range from “driving over newly painted lines” (two penalty points) to “causing death by criminal negligence” (10 penalty points). The range of offences between these examples is overwhelming. It would be irrational and practically impossible to attempt to establish mandatory thresholds for each of the astronomical number of combinations of offences which might trigger prohibition. We have seen that in forming an opinion about whether prohibition would be in the public interest, the practice of the Superintendent and the Motor Vehicle Branch is to permit a number of traffic rule violations and *Criminal Code* offences to accumulate before that decision is made and a prohibition notice issued. That administrative practice, performed in accordance with the principles of natural justice, is both desirable and reasonable.

In any event, having been prohibited from driving, the respondent knowingly and contemptuously violated the prohibition. Indeed, it was alleged by the apprehending R.C.M.P. officer that the respondent was speeding. That belief caused the respondent to be pulled over on the highway. The court was given no reason to believe that the respondent was responding to an emergency or was in any way urgently required to drive his car on the day in question. Nor was there any submission to the court as to any relevant personal characteristic of the respondent that would justify a mitigated or lesser sentence than the mandatory minimum. It is clear that these factors provide no counterweight to offset the gravity of the offence which the respondent committed. The respondent is also unable to use the “effects of the sentence” in aid of his position.

(iv) Effect of the Sentence

Smith states that the effect of the sentence must also be measured for gross disproportionality. The effect of the sentence is “often a composite of many factors and is not limited to the quantum or duration of the sentence but includes its nature and the condi-

Les règlements pris en vertu de la Loi énumèrent 148 types différents de violations des règles de conduite automobile et d’infractions au *Code criminel*, chacune assortie d’un certain nombre de points d’inaptitude. Il y en a toute une gamme, à partir de [TRADUCTION] «traverser des lignes fraîchement peintes» (deux points d’inaptitude) jusqu’à [TRADUCTION] «causer la mort par négligence criminelle» (dix points d’inaptitude). Entre ces exemples il existe un éventail incroyable d’infractions. Il serait en conséquence irrationnel et pratiquement impossible de tenter d’établir des seuils obligatoires pour chacune des combinaisons—dont le nombre est astronomique—d’infractions susceptibles d’entraîner l’interdiction. Comme nous l’avons déjà vu, avant de décider si une interdiction servira l’intérêt public et avant de délivrer un avis d’interdiction, le surintendant et le bureau des véhicules automobiles ont pour pratique de permettre que s’accumulent un bon nombre de violations des règles de conduite automobile et d’infractions au *Code criminel*. Cette pratique administrative, mise en œuvre selon les principes de justice naturelle, est à la fois souhaitable et raisonnable.

En tout état de cause, l’intimé a sciemment et impudemment violé l’interdiction dont il était frappé. De fait, l’agent de la GRC qui l’a appréhendé a prétendu que l’intimé conduisait à une vitesse excessive. C’est la raison pour laquelle l’intimé s’est fait arrêter sur le bord de la route. Rien ne permettait à la cour de croire que l’intimé faisait face à une situation critique ou qu’une urgence quelconque le contraignait à conduire sa voiture le jour en question. De plus, on n’a présenté à la cour aucun élément relevant d’une caractéristique personnelle pertinente de l’intimé qui aurait justifié une peine atténuée ou une peine moindre que la peine minimale obligatoire. Il est évident que ces facteurs ne font aucunement contrepoids à la gravité de l’infraction commise par l’intimé. Ce dernier ne saurait par ailleurs invoquer les «effets de la peine» pour soutenir son point de vue.

(iv) L’effet de la peine

Suivant l’arrêt *Smith*, il faut aussi examiner l’effet de la peine afin de déterminer si celle-ci est exagérément disproportionnée. L’effet de la peine est «souvent le produit de plusieurs facteurs et ne se limite pas à l’importance ou à la durée de cette peine, mais

tions under which it is applied" (p. 1073). *Smith* indicated, by way of illustration, that 20 years for a first offence against property would be grossly disproportionate and would infringe s. 12.

Here the effect of the sentence is different in kind from both the preceding example and from the seven-year sentence challenged in *Smith*. Seven days in prison for knowingly driving while prohibited, due to bad driving, is a far cry from seven years in prison for importing one marijuana cigarette or 20 years for committing a property-related offence. This difference is made still clearer when the seven-day sentence is examined in full context.

As the intervener the Attorney General for Ontario submitted in written argument, the effect of the seven-day sentence is lighter than might first appear, since a court could fashion a sentence under s. 88(1)(c) whereby it would be fully served in just a few weekends. Indeed in this case the sentence was to be served intermittently on consecutive three-day weekends, in order that the respondent could continue to work without disruption. In British Columbia, sentences of imprisonment may be limited by earned remission (*Correction Act*, R.S.B.C. 1979, c. 70, s. 18). The law would permit a seven-day sentence to be served in as little as five days. If the sentence poses a true hardship, an imprisoned offender may under certain conditions be temporarily released for humanitarian, medical, or educational reasons (*Offence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 305, ss. 77, 122; *Correction Act*, ss. 1, 15, 16, 18, 19 and 47).

I think it is plain that the effects of the sentence cannot reasonably be said to outrage standards of decency or be seen as grossly disproportionate to the

comprend sa nature et les circonstances dans lesquelles elle est imposée» (à la p. 1073). On indique dans l'arrêt *Smith*, à titre d'illustration, qu'une peine de vingt ans d'emprisonnement pour une première infraction contre les biens serait exagérément disproportionnée et violerait l'art. 12.

En l'espèce, l'effet de la peine infligée diffère, de par sa nature, de celui dont il s'agit dans l'exemple susmentionné et de celui d'une peine de sept ans d'emprisonnement contestée dans l'affaire *Smith*. Il n'y a en effet aucune commune mesure entre une peine de sept jours pour avoir conduit en se sachant sous le coup d'une interdiction pour mauvaise conduite et une peine de sept ans d'emprisonnement pour avoir importé une seule cigarette de marijuana ou de vingt ans pour avoir commis une infraction contre les biens. Cette différence devient encore plus évidente quand on examine dans tout son contexte la peine de sept jours d'emprisonnement.

Comme l'a fait valoir dans son argumentation écrite l'intervenant le procureur général de l'Ontario, la peine de sept jours d'emprisonnement prévu à l'al. 88(1)(c) est moins sévère qu'il ne le paraît peut-être à première vue puisqu'un tribunal pourrait faire en sorte qu'elle soit purgée au cours de seulement quelques fins de semaine. D'ailleurs, en l'espèce, la peine devait être purgée de façon intermittente sur des fins de semaine consécutives de trois jours, afin que l'intimé puisse continuer à travailler sans interruption. En Colombie-Britannique, les peines d'emprisonnement peuvent être réduites par suite d'une réduction de peine méritée (*Correction Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 70, art. 18). La loi permettrait qu'une peine de sept jours soit purgée en cinq jours seulement. Si toutefois la peine entraîne de véritables problèmes, le contrevenant incarcéré peut, à certaines conditions, être mis temporairement en liberté pour des raisons humanitaires ou médicales ou pour des raisons liées aux études (*Offence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 305, art. 77, 122; *Correction Act*, art. 1, 15, 16, 18, 19 et 47).

Je crois qu'il est évident qu'on ne saurait raisonnablement affirmer que les effets de la peine vont à l'encontre de ce qui est acceptable ou qu'ils peuvent être considérés comme exagérément disproportionnés à l'infraction commise. Ils ne constituent pas en l'es-

wrongdoing. They do not amount to cruel or unusual treatment under s. 12 in the present case.

Summary on First Aspect

In light of the foregoing considerations, I conclude that in relation to the particular offence and the personal situation of the respondent, the challenged provision of the *Motor Vehicle Act* does not infringe s. 12 of the *Charter*. It is therefore unnecessary at this point to examine any other factors listed by Lamer J. in *Smith*. However, whether s. 88(1)(c) would violate s. 12 in other circumstances which merit the concern of this Court must also be considered. A constitutional question remains to be answered. Thus, a brief review of the challenged sentencing provision, based on reasonable hypothetical circumstances, must be performed, to determine if it is likely that the general application of the offence would result in the imposition of a grossly disproportionate sentence amounting to cruel and unusual punishment.

Second Aspect: Assessing s. 88(1)(c) Generally, Under Reasonable Hypothetical Circumstances

A reasonable hypothetical example is one which is not far-fetched or only marginally imaginable as a live possibility. While the Court is unavoidably required to consider factual patterns other than that presented by the respondent's case, this is not a licence to invalidate statutes on the basis of remote or extreme examples. Laws typically aim to govern a particular field generally, so that they apply to a range of persons and circumstances. It is true that this Court has been vigilant, wherever possible, to ensure that a proper factual foundation exists before measuring legislation against the *Charter* (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099, and *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pp. 361-62). Yet it has been noted above that s. 12 jurisprudence does not contemplate a standard of review in which that kind of factual foundation is available in every instance. The applicable standard

pèche un traitement cruel ou inusité au sens de l'art. 12.

Résumé portant sur le premier aspect

Compte tenu des considérations qui précèdent, je conclus que, étant donné l'infraction particulière en cause et la situation personnelle de l'intimé, la disposition contestée de la *Motor Vehicle Act* ne viole pas l'art. 12 de la *Charte*. Point n'est donc besoin à ce stade-ci d'examiner d'autres facteurs énumérés par le juge Lamer dans l'arrêt *Smith*. Toutefois, il faut aussi se demander si l'al. 88(1)(c) violerait l'art. 12 dans d'autres circonstances qui méritent d'être prises en considération par notre Cour. Il reste une question constitutionnelle à laquelle il faut répondre. Donc, il nous faut entreprendre, à la lumière de circonstances hypothétiques raisonnables, un bref examen de la disposition contestée prescrivant la peine, en vue de déterminer s'il est probable que l'application générale de la disposition créant l'infraction entraînerait une peine exagérément disproportionnée équivalant à une peine cruelle et inusitée.

Second aspect: Évaluation générale de l'al. 88(1)(c) à la lumière de circonstances hypothétiques raisonnables

Constitue un exemple hypothétique raisonnable celui qui n'est ni invraisemblable ni difficilement imaginable. Bien que la Cour se trouve inévitablement contrainte de prendre en considération des ensembles de faits qui diffèrent de ceux qui se présentent dans le cas de l'intimé, on ne saurait en prendre prétexte pour invalider des lois sur le fondement d'exemples extrêmes ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce. Les lois sont destinées normalement à régir d'une manière générale un domaine en particulier, de façon à ce qu'elles s'appliquent à toute une gamme de personnes et de circonstances. Notre Cour a certes veillé autant que possible à s'assurer de l'existence d'une base factuelle appropriée avant d'évaluer une loi en fonction de la *Charte* (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099, et *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 et 362). Pourtant, comme nous l'avons indiqué plus haut, la jurisprudence portant sur l'art. 12 n'envisage pas une norme d'examen qui repose dans chaque cas sur ce genre de base factuelle.

must focus on imaginable circumstances which could commonly arise in day-to-day life.

The particular facts of the instant appeal provide an important benchmark for what is a reasonable example in the context of s. 86(1)(a)(ii) of the Act. This is because they represent one real application of the challenged statutory provision. A finding of absence of *Charter* infringement on the sole basis of these particular facts therefore lends support to a conclusion that the challenged legislation is valid under s. 12. In this appeal, this indication is particularly significant because the administrative guidelines and internal review system which screen out genuinely bad drivers ensure that responsible drivers will not be prohibited, and because the facts of this appeal are highly representative of commonly imaginable instances of the offence.

The regulatory system of penalty points and internal reviews guarantees that it will be exceptionally rare that a so-called "small offender" of the kind hypothesized in *Smith* will ever be subjected to the minimum penalty in s. 88(1)(c). This feature of the *Motor Vehicle Act* and its Regulations distinguishes the challenged legislation from that in *Smith* where a truly wide net was cast because of the multiple ways in which the offence of importing narcotics could be committed. In *Smith*, one could foresee truly "small offenders" being subjected to the harsh minimum penalty. Here that is not so.

If the other offences giving rise to prohibitions under s. 88(1)(a) had not been severable, s. 88(1) would admittedly cast a wider and potentially more suspect net, with a greater chance that a reasonably imaginable situation could arise in which punishment of seven days' imprisonment would be unduly excessive given the gravity of the offence. Yet in this appeal the only aspect of s. 88(1)(c) being reviewed is that which relates to bad drivers covered by s. 86(1)(a)(ii) and s. 88(1)(a) of the Act. The thresh-

La norme applicable doit être centrée sur des circonstances imaginables qui pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne.

Les faits particuliers en l'espèce sont une indication importante de ce qui constitue un exemple raisonnable dans le contexte du sous-al. 86(1)a)(ii) de la Loi. Cela tient à ce qu'ils représentent un cas réel d'application de la disposition législative contestée. Conclure à l'absence de violation de la *Charte* en se fondant seulement sur ces faits particuliers vient donc appuyer une conclusion que la disposition contestée n'enfreint pas l'art. 12. Dans le présent pourvoi, cette indication est particulièrement importante parce que les directives administratives et le système de contrôle interne qui permettent de dépister les conducteurs qui sont vraiment mauvais garantissent aux conducteurs responsables qu'ils ne seront pas frappés d'interdiction, et aussi parce que les faits du présent pourvoi sont très représentatifs des manifestations communément imaginables de l'infraction.

Le régime réglementaire consistant à attribuer des points d'inaptitude et à effectuer des contrôles internes garantit que les cas où un «petit contrevenant» comme celui imaginé dans l'arrêt *Smith* se verra infliger la peine minimale prescrite par l'al. 88(1)c) seront extrêmement rares. C'est cet aspect de la *Motor Vehicle Act* et de ses règlements d'application qui permet de distinguer la disposition contestée en l'espèce d'avec celle en cause dans l'affaire *Smith*, dont la portée était vraiment large étant donné les nombreuses façons dont l'infraction d'importation de stupéfiants pouvait être commise. Dans l'affaire *Smith* il était possible de prévoir des situations où la peine minimale sévère serait infligée vraiment à des «petits contrevenants». Or, il n'en est pas ainsi en l'espèce.

S'il n'avait pas été possible de retrancher les autres infractions donnant lieu à l'interdiction en vertu de l'al. 88(1)a), la portée du par. 88(1) aurait certainement été plus large, ce qui aurait rendu peut-être plus douteuse la validité de ce paragraphe du fait qu'il y aurait eu une plus grande possibilité que se présente une situation raisonnablement imaginable où la peine de sept jours d'emprisonnement serait vraiment excessive par rapport à la gravité de l'infraction. Néanmoins, dans le présent pourvoi, l'al. 88(1)c)

old for commission of the offence is high. One must build up an unsatisfactory driving record. The Superintendent must conclude that further driving is against the public interest. One's avenues of internal review and appeal must have been exhausted. And one must know that one has been prohibited from driving, yet drive anyway, in defiance of that prohibition. Even at that, the sentence is only seven days, a punishment with very different dimensions than the sentence of seven years witnessed in the *Smith* case. Finally, even if the careful internal review process at the Motor Vehicle Branch were to go awry, the County Court on an appeal under s. 87 could set the prohibition aside if an error in the calculation of points had been made, or if the court thought the person's driving record was satisfactory or that the public interest did not call for a prohibition.

As to the representative nature of the particular facts of the case on appeal, we are presented with an adult driver who had accumulated numerous penalty points, was prohibited from driving, knowingly disobeyed the prohibition seemingly for no reason other than convenience, and was caught on the highway when he appeared to a police officer to be speeding. There are no unusual circumstances to muddy the waters. It is a typical situation for this offence. To that extent, the case is a useful indicator that, in reasonably imaginable circumstances, the minimum sentence will not be grossly disproportionate to the wrongdoing.

There remains to be examined whether there are reasonable hypothetical circumstances where the minimum sentence would be grossly disproportionate. The Court of Appeal dealt with the issue as follows (at p. 172):

The fact is that there are an unlimited number of different circumstances under which the offence of driving while prohibited can be committed. It is also apparent

n'est en cause que dans la mesure où il s'applique aux mauvais conducteurs visés au sous-al. 86(1)a(ii) et à l'al. 88(1)a de la Loi. Le seuil à atteindre pour qu'il y ait perpétration de l'infraction est élevé. Un dossier de conducteur insatisfaisant doit avoir été constitué. Le surintendant doit conclure que permettre à cette personne de continuer à conduire va à l'encontre de l'intérêt public. Toutes les possibilités de révision interne et d'appel doivent avoir été épuisées. De plus, la personne doit, se sachant sous le coup d'une interdiction, avoir quand même conduit, au mépris de l'interdiction. Mais, même dans ces circonstances, la peine n'est que de sept jours d'emprisonnement, et est donc bien différente de celle de sept ans dont il est question dans l'affaire *Smith*. En dernier lieu, même si le processus minutieux de révision interne qui se déroule au bureau des véhicules automobiles devait avoir des ratés, la Cour de comté pourrait, dans le cadre de l'appel prévu à l'art. 87, annuler l'interdiction s'il y avait erreur dans le calcul des points, ou si la cour jugeait satisfaisant le dossier de conducteur de l'intéressé ou si elle estimait que l'intérêt public ne commandait pas l'interdiction.

En ce qui concerne le caractère représentatif des faits particuliers en l'espèce, nous nous trouvons en présence d'un conducteur adulte qui a accumulé un grand nombre de points d'inaptitude, qui a été frappé d'une interdiction de conduire, qui a sciemment désobéi à cette interdiction sans autre motif, semble-t-il, que la commodité, et qui s'est fait prendre sur la route par un policier à qui il semblait conduire à une vitesse excessive. Il n'y a pas de circonstances inusitées qui viennent brouiller les cartes. C'est un cas typique de perpétration de l'infraction en cause. Dans cette mesure, la présente espèce a ceci d'utile qu'elle indique que, dans des circonstances raisonnablement imaginables, la peine minimale ne sera pas exagérément disproportionnée à l'infraction commise.

Reste à examiner s'il existe des circonstances hypothétiques raisonnables dans lesquelles la peine minimale serait exagérément disproportionnée. La Cour d'appel a traité cette question de la manière suivante (à la p. 172):

[TRADUCTION] Il y a en fait un nombre illimité de circonstances différentes dans lesquelles l'infraction de conduite durant une interdiction peut être commise. De

that the different circumstances personal to the offender will be as numerous and as varied as the number of offenders themselves. Those facts, together with a modest amount of human experience, lead to the conclusion that inevitably there will be cases where a mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment, plus a fine of \$300, will be so grossly disproportionate to what would otherwise have been appropriate that to impose such a sentence will clearly offend against s. 12 of the Charter.

It would appear that the Court of Appeal was able to draw this conclusion by divorcing the offence of driving while prohibited from the various infractions which led up to the prohibition. It is that which resulted in its according insufficient weight to the gravity of the offence and to the relatively high threshold for commission of the offence. Consequently, it could assume without more that a "small" or "best offender" could be conjured up to support a finding of gross disproportionality. In my view, this distinction does not reflect reality and should not be made.

Furthermore, having little in the judgment of the Court of Appeal to rely upon, the respondent also failed to discharge on his own the burden of showing gross disproportionality. He argued that from among ss. 25, 83, 84, 85, 86, 87, 94 and 214 of the Act, certain provisions contemplate suspensions or prohibitions for relatively minor offences, such as failure to pay for a licensing examination (s. 85), or failure to reimburse the Insurance Corporation of British Columbia (I.C.B.C.) for money paid on a claim (s. 83(3)), which offences are not sufficiently grave to justify a minimum sentence of seven days' imprisonment. The respondent hypothesized that a single parent, suspended for failure to repay the I.C.B.C., who was required to drive a seriously ill child to the hospital, would receive a grossly disproportionate punishment at the hands of s. 88(1)(c) if convicted of driving while suspended and sentenced to seven days in prison.

plus, il semble que les différentes circonstances particulières à un contrevenant donné seront aussi nombreuses et diverses que le nombre même des contrevenants. Ces faits et une modeste expérience de la vie mènent à la conclusion qu'il y aura inévitablement des cas où une peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement assortie d'une amende de 300 \$ sera si exagérément disproportionnée à ce qui aurait autrement été approprié que l'infliger contreviendra manifestement à l'art. 12 de la Charte.

Il semble que la Cour d'appel a pu arriver à cette conclusion en séparant l'infraction de conduite durant une interdiction des différentes infractions aboutissant à l'interdiction. C'est ainsi qu'elle n'a pas attaché suffisamment d'importance à la gravité de l'infraction ni au seuil relativement élevé à atteindre pour qu'il y ait perpétration de l'infraction. Par conséquent, elle a pu supposer sans plus qu'il était possible d'invoquer l'existence d'un «petit contrevenant» ou d'un contrevenant «le moins répréhensible» afin de justifier une conclusion à la disproportion exagérée. À mon avis, cette distinction ne traduit pas la réalité et elle ne devrait pas être faite.

De plus, l'arrêt de la Cour d'appel lui étant de peu de secours, l'intimé n'est pas parvenu par lui-même à s'acquitter de l'obligation de prouver la disproportion exagérée. Il a fait valoir que parmi les art. 25, 83, 84, 85, 86, 87, 94 et 214 de la Loi il est des dispositions qui prévoient la suspension ou l'interdiction pour des infractions relativement mineures, telles que le non-paiement des frais de l'examen en vue de l'obtention du permis de conduire (art. 85), ou l'omission de rembourser à l'Insurance Corporation of British Columbia (I.C.B.C.) une somme versée à titre d'indemnité (par. 83(3)), infractions qui ne sont pas suffisamment graves pour justifier une peine minimale de sept jours d'emprisonnement. Selon une hypothèse de l'intimé, un parent seul, frappé d'une suspension pour ne pas avoir remboursé l'I.C.B.C. et devant conduire à l'hôpital un enfant gravement malade, se verrait infliger, en application de l'al. 88(1)c), une peine exagérément disproportionnée s'il était condamné à sept jours d'emprisonnement du fait d'avoir été reconnu coupable de conduite pendant une suspension.

But whether or not that particular example demonstrates gross disproportionality is not relevant to this appeal. It does not pertain to prohibitions under s. 86(1)(a)(ii) in tandem with s. 88(1)(a) of the Act. The respondent's responsibility was to marshal a reasonable example pertaining to the precise provision being challenged. That he did not do.

Even if the respondent had submitted a relevant example, it is doubtful that it would have overcome the strong indication of validity arising from the first, particularized step of s. 12 analysis. Moreover, even if a "best offender" type of example were submitted and—against probability—it were accepted as being a reasonable hypothetical case, it is not clear that the respondent could make a successful claim of gross disproportion.

For instance, one can imagine an elderly person, perhaps a grandfather, prohibited from driving for a sizeable accumulation of penalty points related to the infraction of "slow driving", contrary to s. 150(1) of the Act. If that person was required by medical emergency, no other means of transportation being available, to drive his grandson from a remote fishing hut beside a lake to a hospital in a nearby town, yet did so knowing he was prohibited from driving, he could be charged with violating s. 88 and would be subject to the minimum sentence of seven days in prison, even if it was his first conviction for such an offence. Most reasonable persons would likely conceive that punishment as grossly disproportionate to the wrongdoing. But this surely does not mean s. 88 is constitutionally invalid in terms of s. 12. As suggested by La Forest J. in *Lyons, supra*, it simply is not necessary that legislated punishments be "perfectly suited to accommodate the moral nuances of every crime and every offender" (p. 345).

Such a case would give rise to the common law defence of necessity recognized by this Court in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. The doc-

Que cet exemple particulier démontre ou non une disproportion exagérée n'est pas pertinent pour les fins du présent pourvoi. Cela n'a en effet rien à voir avec les interdictions visées au sous-al. 86(1)a(ii) et à l'al. 88(1)a de la Loi. Il incombait à l'intimé de fournir un exemple raisonnable se rapportant à la disposition précise contestée. Il ne l'a pas fait.

Même si l'intimé avait présenté un exemple pertinent, il est douteux que celui-ci eût détruit la forte indication de validité découlant de la première étape «particularisée» de l'analyse fondée sur l'art. 12. D'autre part, même à supposer que soit présenté un exemple du type «contrevenant le moins répréhensible» et que—contre toute vraisemblance—cet exemple soit accepté à titre de cas hypothétique raisonnable, il n'est pas certain que l'intimé puisse alors alléguer avec succès la disproportion exagérée.

On peut imaginer, par exemple, le cas d'une personne âgée, peut-être un grand-père, qui fait l'objet d'une interdiction de conduire du fait d'avoir accumulé un grand nombre de points d'inaptitude pour l'infraction de [TRADUCTION] «lenteur excessive au volant», prévue au par. 150(1) de la Loi. Si cette personne se voyait contrainte par une urgence médicale, n'ayant aucun autre moyen de transport, de conduire son petit-fils d'une cabane à pêche éloignée, sur le bord d'un lac, jusqu'à un hôpital situé dans une ville avoisinante, et qu'elle le fasse en se sachant sous le coup d'une interdiction de conduire, elle pourrait être accusée d'une violation de l'art. 88 et devenir passible de la peine minimale de sept jours d'emprisonnement, même s'il s'agissait de sa première déclaration de culpabilité pour cette infraction. La plupart des gens raisonnables tiendraient probablement cette peine pour exagérément disproportionnée à l'infraction commise. Mais cela ne veut assurément pas dire que l'art. 88 est inconstitutionnel aux termes de l'art. 12. Ainsi que le dit le juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*, précité, il n'est simplement pas nécessaire que les peines prescrites par des textes législatifs soient «parfaitement adaptées aux nuances morales qui caractérisent chaque crime et chaque délinquant» (p. 345).

Dans une affaire de ce genre, il serait permis d'invoquer la défense de nécessité reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S.

trine exists as an excusing defence, operating in very limited circumstances, when conduct that would otherwise be illegal and sanctionable is excused and made unsanctionable because it is properly seen as the result of a “morally involuntary” decision, to do an act which in the eyes of society is thought to have positive social value outweighing the detrimental effect of the contravention. It only applies in circumstances of imminent risk where the action was taken to avoid a direct and immediate peril, and where there are no reasonable legal alternatives to the conduct pursued (*Perka, supra*, at p. 259). It seems virtually certain that a jury of peers would judge the actions of the prohibited driver in the foregoing example as meeting the requirements of this defence. In that case, the punishment meted out by s. 88(1)(c) would not be imposed. Therefore a grossly disproportionate sentence would not arise.

On the second aspect of the s. 12 analysis, the onus to demonstrate a reasonable hypothetical circumstance in which enforcement of the statute would violate s. 12 for imposing excessive or grossly disproportionate punishment remains with the party challenging the provision’s validity. In the instant appeal, that onus was not discharged. Consequently, the challenge based on the second and hypothetical limb of the s. 12 inquiry must also fail.

Summary

There is no basis for the conclusion that s. 88(1)(c), applied in a severed fashion in respect of s. 88(1)(a) and s. 86(1)(a)(ii) of the Act, infringes s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The particular factual circumstances of the instant appeal do not warrant such a determination, nor do reasonable hypothetical circumstances. The high threshold of gross disproportionality established in *Smith* and affirmed in *Lyons, Luxton* and *Mountain Institution* has not been crossed. The pertinent provisions of the provincial law do not outrage standards of decency. On the contrary, they promote valid and important social objectives through conventional

232. Il s’agit d’une défense exonératoire, qui s’applique dans des circonstances très précises. Grâce à ce moyen de défense, un comportement par ailleurs illégal et donnant lieu à une sanction est excusé et soustrait à toute sanction parce qu’il est considéré, à bon droit, comme résultant d’une décision « involontaire du point de vue moral » d’accomplir un acte qui, aux yeux de la société, a une valeur sociale positive qui l’emporte sur l’effet préjudiciable de l’infraction. C’est une défense qui ne peut être invoquée que dans des cas de risque imminent, où l’acte accompli visait à éviter un péril direct et immédiat et où il n’existait aucune solution de rechange raisonnable qui ne soit pas entachée d’illégalité (*Perka*, précité, à la p. 259). Il semble presque certain qu’un jury composé de ses pairs jugerait que les actes du conducteur frappé d’interdiction dans l’exemple ci-dessus satisfont aux exigences de ce moyen de défense, auquel cas la peine prévue à l’al. 88(1)c ne serait pas infligée. La question d’une peine exagérément disproportionnée ne serait donc pas soulevée.

Selon le second aspect de l’analyse fondée sur l’art. 12, c’est encore à la partie qui conteste la validité de la disposition en cause qu’incombe la charge d’établir l’existence d’une situation hypothétique raisonnable dans laquelle l’application de la loi irait à l’encontre de l’art. 12 en raison du caractère excessif ou exagérément disproportionné de la peine. En l’espèce, l’intimé ne s’est pas acquitté de cette charge. Par conséquent, la contestation fondée sur le second volet, le volet hypothétique, de l’examen fondé sur l’art. 12 doit être rejetée également.

Résumé

Rien ne permet de conclure que l’al. 88(1)c), appliqué sélectivement à l’al. 88(1)a) et au sous-al. 86(1)a)(ii) de la Loi, viole l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ni les circonstances factuelles particulières de la présente espèce ni des circonstances hypothétiques raisonnables ne justifient une telle conclusion. Le seuil élevé de la disproportion exagérée établi dans l’arrêt *Smith* et confirmé dans les arrêts *Lyons, Luxton* et *Établissement Mountain* n’a pas été franchi. Les dispositions pertinentes de la loi provinciale ne vont pas à l’encontre de ce qui est acceptable. Au contraire, elles favorisent par des formes classiques de sanction pénale la réalisa-

forms of penal sanctions. Accordingly, there is no reason to proceed to the second constitutional question dealing with s. 1 of the *Charter*.

Given the relatively minor nature of some of the other infractions listed in s. 88(1)(a) and which may result in prohibition triggering the minimum sentence in s. 88(1)(c), it may be that this conclusion would not apply to them. Those infractions which are purely administrative in nature, and are not directly linked to bad driving appear particularly suspect. Yet, their constitutionality is not at stake in this appeal and I will refrain from commenting further.

VI—Disposition

The constitutional questions are therefore answered as follows:

1. Does the mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment, together with a fine of \$300, imposed pursuant to s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, for a first conviction of driving while prohibited infringe or deny rights and freedoms guaranteed by s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No, when the prohibition from driving is made pursuant to s. 86(1)(a)(ii) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288. Other prohibitions from driving, violation of which also triggers the mandatory minimum sentence in s. 88(1)(c), are not at issue in this appeal and no answer is required or given.

The second constitutional question does not arise. I would allow the appeal. The respondent's sentence of seven days' imprisonment to be served intermittently on consecutive three-day weekends must stand.

The reasons of Lamer C.J. and McLachlin and Stevenson JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—I have read the reasons of Justice Gonthier; I respectfully differ from

tion d'objectifs sociaux légitimes et importants. Cela étant, il n'y a aucune raison d'entreprendre l'étude de la seconde question constitutionnelle concernant l'article premier de la *Charte*.

a

Vu la nature relativement mineure de certaines autres infractions visées à l'al. 88(1)a), et qui peuvent donner lieu à une interdiction qui entraînera la peine minimale prescrite par l'al. 88(1)c), il se peut que cette conclusion ne s'applique pas à ces infractions. Celles qui revêtent un caractère purement administratif et qui n'ont aucun lien direct avec la mauvaise conduite au volant paraissent particulièrement suspects. Comme toutefois leur constitutionnalité n'a pas été mise en cause dans le présent pourvoi, je me borne à ces quelques observations.

b

c

VI—Dispositif

d

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. La peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement et de 300 \$ d'amende imposée, conformément à l'al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, pour une première déclaration de culpabilité de conduite sous le coup d'une interdiction porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

e

f

R. Non, lorsque l'interdiction de conduire est prononcée en vertu du sous-al. 86(1)a)(ii) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288. Les autres interdictions de conduire, dont la violation entraîne également la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 88(1)c), ne sont pas en cause en l'espèce et aucune réponse n'est requise ou donnée à leur égard.

g

h

La seconde question constitutionnelle ne se pose pas. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. La peine de sept jours d'emprisonnement à purger de façon intermittente par l'intimé au cours de fins de semaine consécutives de trois jours doit être maintenue.

i

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges McLachlin et Stevenson rendus par

j

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—J'ai lu les motifs du juge Gonthier et, avec égards, je suis en

him in his characterization of the issue on this appeal and the basis of the decision of the Court of Appeal below. I would dismiss the appeal for the basic reasons enunciated by Wood J.A. of the British Columbia Court of Appeal.

The Reasons of the Court Below

The decision of the Court below (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 161, *per* Wood J.A., may be summarized as follows:

1. The issue is whether the mandatory minimum sentence required by s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, violated the guarantee against cruel and unusual punishment, in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
2. The test for whether a sentencing provision violates s. 12 of the *Charter* is whether it is grossly disproportionate having regard to the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender, and the particular circumstances of the case, *per* this Court's judgment in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045.
3. Without going into examples of hypothetical cases, the Court found a certainty that s. 88(1)(c) would, in some cases, lead to punishment which would be grossly disproportionate, violating s. 12.
4. The violations could not be said to infringe the rights protected by s. 12 "as little as possible" nor would the effects in all circumstances be proportional to the objectives to be served; hence, s. 88(1)(c) could not be saved under s. 1.
5. Rather than relieving particular respondents from the cruel and unusual aspects of a seven-day sentence, retaining s. 88 as is, the better course was to strike down the mandatory minimum punishment, leaving in place a full range of sentences to be employed as needed and as deemed appropriate by the trial judge.

désaccord avec lui quant à la caractérisation de la question soulevée par le présent pourvoi et quant au fondement de l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les raisons fondamentales exposées par le juge Wood de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Les motifs de la Cour d'appel

Les motifs de la Cour d'appel (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 161, rédigés par le juge Wood, peuvent se résumer ainsi:

1. La question est de savoir si la peine minimale obligatoire prescrite par l'al. 88(1)c) de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, viole la garantie de protection contre les peines cruelles et inusitées, énoncée à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
2. Le critère pour déterminer si une disposition prévoyant une peine viole l'art. 12 de la *Charte* consiste à se demander si elle est exagérément disproportionnée eu égard à la gravité de l'infraction commise, aux caractéristiques personnelles du contrevenant et aux circonstances particulières de l'affaire, facteurs énumérés dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.
3. Sans donner d'exemples de cas hypothétiques, la Cour d'appel a conclu que l'al. 88(1)c) entraînerait assurément, dans certains cas, une peine exagérément disproportionnée et, partant, contraire à l'art. 12.
4. Les violations ne pourraient être considérées comme portant «le moins possible» atteinte aux droits garantis à l'art. 12, pas plus que leurs effets ne seraient, dans toutes les circonstances, proportionnels aux objectifs visés; l'al. 88(1)c) ne pourrait donc pas être sauvegardé par l'article premier.
5. Plutôt que de faire échapper certains intimés aux aspects cruels et inusités d'une peine de sept jours d'emprisonnement et de conserver tel quel l'art. 88, il est préférable d'invalider la peine minimale obligatoire et de maintenir une gamme complète de peines à appliquer au besoin et selon que le juge du procès l'estime à propos.

Gonthier J., as I understand his reasons, parts company with the Court of Appeal on propositions 1 and 3. His conclusions make it unnecessary to consider propositions 2, 4 and 5.

The Issue on the Appeal

Section 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act* imposes the mandatory minimum sentence where a person drives knowing that he or she is prohibited from driving a motor vehicle under any one of four sections of the Act—ss. 84, 85, 86, and 214. The Court of Appeal treated the issue on appeal as the constitutionality of s. 88(1)(c) of the Act in all its applications. The question was whether the mandatory minimum sentence imposed by this provision for a first conviction of driving while prohibited for any of the specified reasons infringes the *Charter*.

Gonthier J.'s analysis, by contrast, is restricted to certain prohibitions under s. 86, and proceeds as though other prohibitions under s. 86 and ss. 84, 85 and 214 were not referred to in s. 88(1)(a) nor subject to the mandatory sentence provided in s. 88(1)(c) of the Act. Gonthier J. concludes that the mandatory minimum sentence in relation to selected prohibitions under s. 86 would not infringe the *Charter*. He goes on to suggest that if other prohibitions referred to in s. 88 were considered, the result might well be that the mandatory minimum sentence imposed by s. 88(1)(c) would be unconstitutional. In effect, Gonthier J. holds that one particular application of s. 88(1)(c) does not violate the *Charter*, while admitting that other applications of the section might infringe the *Charter*.

This difference in focus, as I perceive it, constitutes the fundamental distinction between the reasons of Gonthier J. and those of the Court of Appeal of British Columbia. The Court of Appeal looked at s. 88(1)(c) in all its potential applications and concluded that some of them would inevitably violate the *Charter* prohibition of cruel and unusual punishment. It therefore ruled s. 88(1)(c) unconstitutional. Gonthier J., at p. 496, by contrast, considers s. 88 only in relation "to the particular form of prohibition

Si je comprends bien les motifs du juge Gonthier, c'est relativement aux points 1 et 3 que son opinion diverge de celle de la Cour d'appel. Étant donné ses conclusions sur ces points, il n'a pas eu à examiner les points 2, 4 et 5.

La question à trancher

L'alinéa 88(1)(c) de la *Motor Vehicle Act* prescrit la peine minimale obligatoire dans le cas d'une personne qui conduit en sachant qu'il lui est interdit de le faire aux termes de l'un des quatre articles de la Loi, savoir les art. 84, 85, 86 et 214. Selon la Cour d'appel, la question en litige était la constitutionnalité de l'al. 88(1)(c) de la Loi dans toutes ses applications. Il s'agissait de savoir si la peine minimale obligatoire, prescrite par cette disposition pour une première déclaration de culpabilité de conduite durant une interdiction pour l'une des raisons énumérées, va à l'encontre de la *Charte*.

Le juge Gonthier, par contre, limite son analyse à certaines interdictions visées à l'art. 86 et fait comme s'il n'était pas question à l'al. 88(1)(a) des autres interdictions visées au même article et aux art. 84, 85 et 214 et comme si elles ne donnaient pas lieu à la peine obligatoire prévue à l'al. 88(1)(c) de la Loi. En ce qui concerne quelques interdictions déterminées visées à l'art. 86, conclut le juge Gonthier, la peine minimale obligatoire ne constituerait pas une violation de la *Charte*. Il ajoute que si on tenait compte d'autres interdictions dont il est question à l'art. 88, il se pourrait bien que la peine minimale obligatoire prescrite par l'al. 88(1)(c) soit inconstitutionnelle. Le juge Gonthier dit en réalité que, dans une application en particulier, l'al. 88(1)(c) ne viole pas la *Charte*, tout en reconnaissant que dans d'autres applications il pourrait être contraire à la *Charte*.

Cette différence d'optique représente, selon moi, la distinction fondamentale entre les motifs du juge Gonthier et ceux de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel a examiné l'al. 88(1)(c) dans toutes ses applications possibles et a conclu que certaines d'entre elles violeraient inévitablement l'interdiction des peines cruelles et inusitées énoncée dans la *Charte*. Elle a en conséquence déclaré l'al. 88(1)(c) inconstitutionnel. Le juge Gonthier, au contraire (à la p. 496) n'étudie l'art. 88 que par rap-

to which the respondent was subjected under s. 86(1)(a)(ii)—as he puts it, he confines his analysis to the reference in s. 88(1)(c) to s. 86 and “severs” the references to other types of prohibitions. Having excluded a priori potentially offending applications, he finds s. 88(1)(c) constitutional.

Attractive as the result may be, I have concluded that an analysis which proceeds by severing out from the impugned provision applications which might render it unconstitutional cannot be sustained. Such an analysis does not, as I see it, address the issue posed by the constitutional question before us—whether s. 88(1)(c), as enacted by the legislature in its entirety, is constitutional. It also, as I will argue below, constitutes an abrupt departure from the approach this Court has hitherto taken to assessing legislation under the *Charter* in general and to the guarantee against cruel and unusual punishment in particular.

First, an analysis which proceeds by severing potentially offending parts of s. 88 fails to answer the question posed on this appeal. The first constitutional question asks this Court: “Does the mandatory minimum sentence of seven days’ imprisonment, together with a fine of \$300, imposed pursuant to s. 88(1)(c) of the [Act]. . . , for a first conviction of driving while prohibited infringe or deny rights and freedoms guaranteed by s. 12. . . ?” The words “while prohibited” do not limit the question to a particular type of prohibition. While this Court is not obliged to answer constitutional questions as stated, the Court must bear in mind that such questions constitute a precise formulation of the assistance requested and have usually served as the focus of the analysis and argument before the Court. Before the Court, the Attorney General of British Columbia sought to limit the Court’s review of s. 88(1)(c) to the prohibition of the respondent Goltz’s driver’s licence under s. 86(1)(a)(ii). The respondent, however, insisted that the Court undertake a review of s. 88(1)(c) in its entirety, in accordance with the constitutional question before the Court. In argument, respondent’s counsel addressed the constitutionality of

port «au type particulier d’interdiction dont l’intimé a été frappé en vertu du sous-al. 86(1)a(ii)». Comme il l’affirme lui-même, il limite son analyse à la mention de l’art. 86 faite à l’al. 88(1)c) et «retranche» les autres types d’interdictions qui y sont visées. Ayant ainsi écarté de prime abord les applications potentiellement invalides, il conclut à la constitutionnalité de l’al. 88(1)c).

Pour séduisant que puisse être ce résultat, j’estime pour ma part qu’on ne saurait retenir une analyse qui consiste à retrancher de la disposition contestée les applications susceptibles de la rendre inconstitutionnelle. Une telle analyse, selon moi, élude la question constitutionnelle dont nous sommes saisis : celle de la constitutionnalité de l’al. 88(1)c) dans son ensemble, tel qu’il a été adopté par le législateur. En outre, comme je le soutiendrai ci-après, cette analyse s’écarte nettement de la méthode suivie jusqu’ici par notre Cour dans l’évaluation de textes législatifs en vertu de la *Charte* en général et de sa façon de voir la garantie de protection contre les peines cruelles et inusitées en particulier.

Premièrement, une analyse qui comporte le retranchement de dispositions potentiellement inconstitutionnelles de l’art. 88 n’apporte pas de réponse à la question soulevée dans le présent pourvoi. La première question constitutionnelle adressée à notre Cour est la suivante: «La peine minimale obligatoire de sept jours d’emprisonnement et de 300 \$ d’amende imposée, conformément à l’al. 88(1)c) de la [Loi. . .], pour une première déclaration de culpabilité de conduite sous le coup d’une interdiction portant atteinte aux droits et libertés garantis par l’art. 12. . . ?» L’expression «sous le coup d’une interdiction» ne limite pas la portée de la question à un type particulier d’interdiction. Bien qu’elle ne soit pas tenue de répondre aux questions constitutionnelles telles qu’elles sont formulées, notre Cour doit se rappeler que ces questions constituent une formulation précise de l’aide demandée et qu’elles servent habituellement de base à l’analyse et aux débats de la Cour. Devant notre Cour, le procureur général de la Colombie-Britannique a tenté de restreindre l’examen de l’al. 88(1)c) à la suspension du permis de conduire de l’intimé Goltz en vertu du sous-al. 86(1)a(ii). Toutefois, l’intimé a insisté pour que

s. 88(1)(c)'s mandatory minimum sentence as applied to persons prohibited from driving under ss. 84, 85 and 214 of the *Motor Vehicle Act*, in addition to those persons prohibited under s. 86(1)(a)(ii). Seen in this light, the better course would seem to me to be to answer the constitutional question as posed.

But even if this Court were willing to address the question in terms narrower than those posed, argued and treated by the court below, it could not, in my view, do so without departing from its own established jurisprudence. Severing the reference in s. 88 to prohibitions other than selected cases under s. 86 of the Act has an effect analogous to reading down the statute, or to use another current term, applying the doctrine of constitutional exemption. Section 88, for the purposes of this appeal, is read as though it did not contain provisions which may prove unconstitutional. To put it another way, the mandatory sentence section is allowed to stand, but judges are directed that when in the future unconstitutional applications of the section arise, the section should be declared unconstitutional with respect to those applications and not applied.

This Court was invited to apply a similar approach in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. There the majority of the Court of Appeal, having concluded that s. 276 of the *Criminal Code* in some of its applications violated the *Charter*, declined to strike the section down on the ground that the appropriate remedy was for the trial judge to decline to apply the section in cases where a constitutional violation would occur. Without deciding that techniques of reading down or constitutional exemption may never apply to save legislation, the majority of this Court concluded that those doctrines could not be appropriately applied in that case, because, *inter alia*, the effect would have been to change the law under consideration significantly and substantially and would have amounted to delegating to future trial judges the task of determining when the legislation should not be

la Cour examine l'ensemble de l'al. 88(1)c), conformément à la question constitutionnelle dont nous sommes saisis. Dans son argumentation, l'avocat de l'intimé a traité de la constitutionnalité de la peine minimale prévue à l'al. 88(1)c) dans son application aux personnes frappées d'une interdiction de conduire en vertu tant des art. 84, 85 et 214 de la *Motor Vehicle Act* que du sous-al. 86(1)a)(ii). Dans cette perspective, il me semble préférable de répondre à la question constitutionnelle telle qu'elle a été posée.

Mais même si notre Cour était disposée à se pencher sur la question en lui donnant une portée plus restreinte que celle de la question posée, débattue et examinée en Cour d'appel, elle ne pourrait le faire, selon moi, sans s'écarter de sa propre jurisprudence bien établie. Retrancher de l'art. 88 la mention d'interdictions autres que certains cas prévus à l'art. 86 de la Loi revient en fait à donner à celle-ci une interprétation atténuée ou, pour employer une autre expression courante, à appliquer la théorie de l'exemption constitutionnelle. Donc, aux fins du présent pourvoi, l'art. 88 est interprété comme s'il ne contenait pas de dispositions pouvant se révéler inconstitutionnelles. En d'autres termes, l'article prescrivant la peine obligatoire est maintenu, mais on dit aux juges que lorsque se présenteront des applications inconstitutionnelles de cet article, ils devront le déclarer inconstitutionnel en ce qui concerne ces applications et ne pas l'appliquer.

On a incité notre Cour à adopter une approche analogue dans l'affaire *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Dans cette affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel, ayant conclu que l'art. 276 du *Code criminel* dans certaines de ses applications violait la *Charte*, se sont abstenus d'invalider l'article pour le motif que la réparation appropriée consistait dans la non-application de cet article par le juge du procès dans les cas où il y aurait violation de la Constitution. Sans décider que les théories de l'interprétation atténuée ou de l'exemption constitutionnelle ne pourraient jamais s'appliquer de manière à sauvegarder un texte législatif, notre Cour à la majorité a décidé qu'il ne convenait pas de les appliquer dans cette affaire, notamment parce que cela aurait eu pour effet de modifier sensiblement la loi en cause et équivaldrait à déléguer aux juges de futurs procès la tâche de

applied. On this reasoning, it was observed, no law need be found to offend the *Charter*. The law is declared valid; it is only some of its applications which are invalid.

The same considerations apply here. To address s. 88 as though it referred only to prohibitions under s. 86 is to address a different scheme than that enacted by the legislature. Moreover, while s. 88(1)(c) would be declared "valid", its constitutional status would remain uncertain, to be determined according to whether trial judges in future cases saw its application as violating the *Charter*. This runs counter to the fundamental principle that the law—particularly laws whose violation can result in imprisonment—should be clear, certain and ascertainable. This Court has consistently advocated a strict and rigorous *Charter* analysis of provisions which have as their sanction the withdrawal of a person's liberty. To leave determination of criminal and quasi-criminal offences to case-by-case adjudication by judges would be to deprive people of knowing in advance what the law is. Only after they are tried will such persons be told whether or not they have broken a valid law. In my view, such an approach should not be adopted to offences which may result in imprisonment. The preferable approach is to confront squarely the question of the extent to which a law is inconsistent with the *Charter* and hence invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, when it is raised on an appeal such as this.

In the case at bar, Gonthier J.'s restrictive analysis of the provision in issue means that judges, when confronted with cases arising under portions of s. 88(1)(a) not addressed here, will have to determine on a case-by-case basis whether those applications of s. 88(1)(c) infringe the *Charter*. Ultimately, we will be left with an untidy and uncertain combination of judge-made and legislated law. A motorist seeking to know the risks of driving while prohibited will not be able to determine his or her position simply by consulting the statute. Upon consulting the statute, the motorist would reasonably conclude that s. 88 is

déterminer les cas d'inapplication du texte législatif. Suivant ce raisonnement, a-t-on fait remarquer, aucune loi n'aurait à être jugée incompatible avec la *Charte*. La loi serait déclarée valide, seules certaines de ses applications étant invalides.

Les mêmes considérations jouent en l'espèce. Aborder l'art. 88 comme s'il ne parlait que des interdictions visées à l'art. 86 c'est se pencher sur un régime qui diffère de celui que le législateur a établi. De plus, malgré le fait que l'al. 88(1)(c) serait déclaré «valide», sa constitutionnalité demeurerait incertaine, étant à déterminer selon que les juges du procès dans des causes futures verraient ou non dans son application une violation de la *Charte*. Voilà qui va à l'encontre du principe fondamental suivant lequel les lois, particulièrement celles dont la violation peut entraîner l'emprisonnement, doivent être claires, certaines et vérifiables. Notre Cour a uniformément préconisé une analyse stricte et rigoureuse, en fonction de la *Charte*, des dispositions comportant comme sanction une peine privative de liberté. Laisser les juges statuer au cas par cas dans les affaires d'infractions criminelles et quasi criminelles priverait les gens de la possibilité de savoir d'avance ce que prévoit la loi. Ce n'est alors qu'après avoir subi un procès que l'on saurait si on a enfreint une loi valide. À mon avis, il ne faudrait pas adopter cette approche à l'égard d'infractions susceptibles d'entraîner l'emprisonnement. Il vaut mieux aborder directement la question de savoir dans quelle mesure une loi est incompatible avec la *Charte* et, partant, invalide aux termes de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, chaque fois qu'elle se pose dans un pourvoi comme celui-ci.

En l'espèce, l'analyse restrictive de la disposition en question par le juge Gonthier a pour conséquence que les juges saisis d'affaires mettant en cause des parties de l'al. 88(1)(a) dont il n'a pas été traité ici se verront contraints de déterminer au cas par cas si ces applications de l'al. 88(1)(c) violent la *Charte*. Cela aboutira à la longue à un mélange désordonné et incertain de droit prétorien et de textes législatifs. L'automobiliste désireux de connaître les risques inhérents à la conduite durant une interdiction sera dans l'impossibilité de déterminer sa situation par la seule consultation de la loi. À la lecture de celle-ci,

valid, particularly if a judgment exists answering the constitutional question here posed in the negative. But the motorist would be wrong. As Gonthier J. notes, imprisonment for breach of some prohibitions might well offend the *Charter*, rendering the law to that extent invalid. If the motorist concludes that mandatory imprisonment for breach of the prohibition in his case offends the *Charter* and decides to drive, the motorist may subsequently be told by a judge that this view of the law was wrong and find himself or herself behind bars.

The constitutional question in this case for sound reasons asks this Court to rule generally on the constitutionality of the punitive regime set up by s. 88 for parties who breach a prohibition from driving, not to defer to future decisions the determination of the extent to which it is invalid. In my view, that is a wise and fair course, given the interest of the public in knowing with some certainty the state of the law on matters which may result in imprisonment.

In the past, this Court when asked to determine whether legislation is invalid has analyzed the question on the basis of all the potential applications of the provision in question, and has not “saved” the legislation by considering only the particular application on the facts before the Court. Indeed, Gonthier J.’s “dual aspect analysis”, which requires consideration both of the situation of the particular accused as well as other hypothetical applications, implicitly acknowledges this. Consider the approach adopted by Lamer J. (as he then was) in *Smith*, at p. 1078:

... the law is such that it is inevitable that, in some cases, a verdict of guilt will lead to the imposition of a term of imprisonment which will be grossly disproportionate. [Emphasis added.]

Lamer J. did not suggest in *Smith* that every minimum seven-year sentence handed out for trafficking would offend the *Charter*. Rather, because some of

l’automobiliste conclurait raisonnablement à la validité de l’art. 88, particulièrement s’il existe un jugement qui réponde par la négative à la question constitutionnelle posée en l’espèce, mais il aurait tort. Ainsi que le fait remarquer le juge Gonthier, l’emprisonnement par suite de la violation de certaines interdictions pourrait bien aller à l’encontre de la *Charte*, ce qui rendrait la loi invalide dans cette mesure. Si l’automobiliste conclut que dans son cas l’emprisonnement obligatoire pour la violation de l’interdiction contrevient à la *Charte* et qu’il décide de conduire, il risque de se faire dire subséquemment par un juge que c’est là une interprétation erronée de la loi et de se retrouver sous les verrous.

Au moyen de la question constitutionnelle posée en l’espèce on demande à notre Cour, et pour de bonnes raisons, de statuer de façon générale sur la constitutionnalité du régime punitif établi par l’art. 88 pour les violateurs de l’interdiction de conduire; on ne lui demande pas d’attendre des litiges futurs pour déterminer son degré d’invalidité. À mon avis, cette façon de procéder est à la fois juste et judicieuse compte tenu de l’intérêt qu’a le public à connaître avec quelque certitude l’état du droit en ce qui concerne les infractions susceptibles d’entraîner l’emprisonnement.

Dans le passé, quand on lui a demandé de déterminer si une loi donnée est invalide, notre Cour a analysé la question en fonction de toutes les applications possibles de la disposition en cause et elle n’a pas «sauvegardée» la loi en n’examinant que l’application particulière dont il s’agissait d’après les faits de l’affaire. En fait, l’analyse comportant deux aspects préconisée par le juge Gonthier, qui nécessite que soient prises en considération à la fois la situation de l’accusé particulier et d’autres applications hypothétiques, reconnaît implicitement cet état de choses. Prenons la méthode adoptée par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Smith*, à la p. 1078:

... la loi fait que, dans certains cas, un verdict de culpabilité entraînera inévitablement l’imposition d’une peine d’emprisonnement qui sera exagérément disproportionnée. [Je souligne.]

Le juge Lamer ne préconise pas dans l’arrêt *Smith* que la peine minimale de sept ans d’emprisonnement pour trafic de stupéfiants constituerait une violation

the sentences rendered under that provision would have been cruel and unusual, the entire section was held to be invalid.

The same approach should be adopted with respect to s. 88(1)(c) of the *Motor Vehicle Act*. Many of the mandatory sentences imposed under s. 88 may not be cruel and unusual. But if, to borrow the language of Lamer J. in *Smith*, it is "inevitable that, in some cases, a verdict of guilty will lead to the imposition of a term which will be grossly disproportionate" (p. 1078), the entire subsection must be struck down.

In some cases a legislative provision can be saved by reading out an offending condition, for example, the words "he [the accused] establishes that" imposing a reverse onus: *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. Removal of the words in such a case does not violate the main thrust of the legislative provision, and it does not have the result of declaring a law valid, even though aspects of it may in fact be invalid, thereby leaving the constitutionality of the law to future case-by-case determination.

In conclusion, I take the view that the issue before the Court is whether the mandatory minimum sentence under s. 88(1)(c) will "in some cases", to borrow the language of *Smith*, be grossly disproportionate and hence violate s. 12 of the *Charter*. The section cannot be declared valid on a "severed" basis, subject to the proviso that some of its severed applications may in future cases be revealed as invalid. It follows that the Court must examine not only selected prohibitions and applicable procedures under s. 86(1)(a) but must consider the entire range of prohibitions encompassed by s. 86, as well as s. 84 (e.g. permitting prohibition from driving for failure to pay for a licensing examination); s. 85 (e.g. permitting prohibition from driving for failure to satisfy

de la *Charte* dans tous les cas. Plutôt, comme la peine infligée en vertu de la disposition en question aurait été cruelle et inusitée dans certains cas, la disposition au complet a été jugée invalide.

Il faudrait adopter la même approche à l'égard de l'al. 88(1)(c) de la *Motor Vehicle Act*. La peine obligatoire infligée en application de l'art. 88 peut souvent ne revêtir aucun caractère cruel et inusité. Mais si, pour reprendre les termes employés par le juge Lamer dans l'arrêt *Smith*, «dans certains cas, un verdict de culpabilité entraînera inévitablement l'imposition d'une peine d'emprisonnement qui sera exagérément disproportionnée» (à la p. 1078), alors l'alinéa au complet doit être invalidé.

Il arrive parfois qu'une disposition législative puisse être sauvegardée par le retranchement d'une condition invalide, par exemple les mots «elle [la personne inculpée] prouve que», qui opèrent l'inversion de la charge de la preuve; voir l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. Le retranchement des mots dans un cas semblable ne va pas à l'encontre de l'objet principal de la disposition législative ni n'a pour conséquence qu'une loi soit déclarée valide même si elle peut en réalité être invalide sous certains aspects, laissant ainsi la question de sa constitutionnalité à une détermination future au cas par cas.

En dernier lieu, je suis d'avis que la question soumise à la Cour est de savoir si la peine minimale obligatoire prescrite par l'al. 88(1)(c) sera «dans certains cas», pour emprunter l'expression utilisée dans l'arrêt *Smith*, exagérément disproportionnée et, par conséquent, contraire à l'art. 12 de la *Charte*. On ne saurait déclarer l'article valide en partie, sous réserve de la possibilité que certaines de ses autres applications se révèlent invalides dans des causes futures. Il s'ensuit donc que nous devons examiner non seulement certaines interdictions et procédures applicables visées à l'al. 86(1)(a), mais aussi toute la gamme des interdictions énoncées à l'art. 86, ainsi qu'à l'art. 84 (autorisant par exemple l'interdiction de conduire pour le non-paiement d'un examen en vue de l'obtention du permis de conduire), à l'art. 85 (autorisant par exemple l'interdiction de conduire pour l'omission d'acquitter une somme supérieure à 400 \$ en vertu

a final judgment in excess of \$400 related to a motor vehicle accident); and s. 214.

Violation of the Charter

The Court of Appeal concluded that the minimum sentence of mandatory imprisonment plus a fine of \$300 violated the s. 12 guarantee against cruel and unusual punishment because some sentences imposed under it would be grossly disproportionate. The question is whether the Court was correct in so concluding. Gonthier J. concludes the Court of Appeal erred.

Gonthier J. is able to come to this conclusion by restricting his analysis to the application of s. 88(1)(c) to the specific prohibition on the facts and by not considering the entire range of prohibitions for which the mandatory minimum sentence of imprisonment must be imposed. Sharing, as I do, the Court of Appeal's view that the entire range of prohibitions covered by s. 88(1)(c) must be considered, I must determine whether the Court was right in concluding that some applications of s. 88(1)(c) would inevitably lead to disproportionate sentences which violate s. 12.

In the first step of the analysis, the Court of Appeal considered the gravity of the offence in relation to the sentences requiring imprisonment and concluded (at p. 170):

A comparison of the relative severity of those many offences at law which do not carry a mandatory jail term as punishment for a first conviction with that of the offence here under consideration leads me to the conclusion that there is no reason, in principle, why the latter must carry a mandatory minimum punishment of seven days' imprisonment.

The Court of Appeal then turned to the circumstances of the offence and the personal circumstances of the offender. Wood J.A. began by noting that the Court of Appeal was not asked to consider "whether the sentence imposed upon the respondent is appropriate in relation to the circumstances of his case"; the Court was "only to decide whether the statutory requirement that no less a sentence be imposed in all cases is one which violates the constitutional guaran-

d'un jugement définitif rendu à la suite d'un accident de la route) et à l'art. 214.

La violation de la Charte

La Cour d'appel a conclu que la peine minimale d'un emprisonnement obligatoire assorti de 300 \$ d'amende viole la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie à l'art. 12 du fait que cette peine serait dans certains cas exagérément disproportionnée. La question est de savoir si cette conclusion est bien fondée. D'après le juge Gonthier, la Cour d'appel a commis une erreur.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Gonthier a limité son analyse à la question de l'application de l'al. 88(1)c) à l'interdiction particulière imposée dans les circonstances plutôt que d'examiner toute la gamme des interdictions donnant lieu à la peine minimale obligatoire d'emprisonnement. Puisque j'estime, comme la Cour d'appel, qu'il faut prendre en considération toute la gamme des interdictions visées à l'al. 88(1)c), je dois décider si c'est avec raison qu'elle a conclu que certaines applications de cet alinéa mèneraient inéluctablement à des peines disproportionnées qui violeraient l'art. 12.

Comme première étape de son analyse, la Cour d'appel a examiné la gravité de l'infraction en cause par rapport aux peines obligatoires d'emprisonnement et a conclu, à la p. 170:

[TRADUCTION] La comparaison de la gravité relative des nombreuses infractions en droit qui n'entraînent pas de peine d'emprisonnement obligatoire pour la première déclaration de culpabilité et de celle de l'infraction présentement en cause m'amène à conclure qu'il n'y a, en principe, pas de raison pour laquelle celle-ci comporterait une peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement.

La Cour d'appel s'est penchée ensuite sur les circonstances de l'infraction et sur la situation personnelle du contrevenant. Le juge Wood a commencé par souligner que la Cour d'appel n'avait pas à se demander [TRADUCTION] «si la peine infligée à l'intimé est appropriée compte tenu des circonstances de l'affaire»; elle avait [TRADUCTION] «simplement à décider si l'exigence légale d'une peine qui ne soit, dans aucun cas, moindre viole la garantie constitutionnelle

tee invoked” (p. 164). On this premise, Wood J.A. addressed these issues globally, as relating to the particular circumstances of potential offenders affected by the provision. He declined to enter into speculation as to a particular hypothetical, relying on Lamer J.’s comment in *Smith* (at p. 172):

... it is not the certainty of a particular case that Lamer J. was concerned with in *Smith*, it was the certainty that, given the multiplicity of situations that might occur, a grossly disproportionate sentence was in one or more of them a certainty.

He went on to conclude (at p. 172):

The fact is that there are an unlimited number of different circumstances under which the offence of driving while prohibited can be committed. It is also apparent that the different circumstances personal to the offender will be as numerous and as varied as the number of offenders themselves. Those facts, together with a modest amount of human experience, lead to the conclusion that inevitably there will be cases where a mandatory minimum sentence of seven days’ imprisonment, plus a fine of \$300, will be so grossly disproportionate to what would otherwise have been appropriate that to impose such a sentence will clearly offend against s. 12 of the Charter.

I do not share Gonthier J.’s opinion that Wood J.A.’s analysis is abstract, supported by facile assumptions based on “small” or “best offender” scenarios, and is thus, insufficient to uphold a finding that s. 88(1)(c) infringes s. 12 of the *Charter*. Should Gonthier J. require further hypothetical instances which “reflect reality”, they can easily be supplied. Consider the example provided by Hogarth Co. Ct. J. at trial (and cited by Wood J.A.) of the situation of an “accused, prohibited from driving, [who] had moved a motor vehicle with a disabled driver a few feet at an accident scene on a freeway, to permit other cars backed up for miles to get by” ((1988), 44 C.C.C. (3d) 166, at p. 172). I agree with Hogarth Co. Ct. J. in conclusion that “a seven-day jail sentence and a \$300

invoquée» (à la p. 164). Partant de cette prémisse, le juge Wood a abordé ces questions globalement, les rattachant aux circonstances particulières d’éventuels contrevenants visés par la disposition en cause. Se refusant à toute conjecture quant à un cas hypothétique précis, il s’est appuyé sur l’observation faite par le juge Lamer dans l’arrêt *Smith*, à la p. 172:

[TRADUCTION] ... ce n’est pas la certitude d’un cas donné qui préoccupait le juge Lamer dans l’arrêt *Smith*, c’était la certitude que, compte tenu de la multiplicité de situations qui pourraient se présenter, une peine exagérément disproportionnée était inévitable dans au moins une d’entre elles.

Il a conclu ensuite, à la p. 172:

[TRADUCTION] Il y a en fait un nombre illimité de circonstances différentes dans lesquelles l’infraction de conduite durant une interdiction peut être commise. De plus, il semble que les différentes circonstances particulières à un contrevenant donné seront aussi nombreuses et diverses que le nombre même des contrevenants. Ces faits et une modeste expérience de la vie mènent à la conclusion qu’il y aura inévitablement des cas où une peine minimale obligatoire de sept jours d’emprisonnement assortie d’une amende de 300 \$ sera si exagérément disproportionnée à ce qui aurait autrement été approprié que l’infliger contreviendra manifestement à l’art. 12 de la Charte.

Je ne souscris pas au point de vue du juge Gonthier selon lequel l’analyse du juge Wood est faite dans l’abstrait, elle s’appuie sur des suppositions faciles concernant des «petits contrevenants» ou des «contrevenants le moins répréhensibles» et elle est donc insuffisante pour maintenir une conclusion que l’al. 88(1)(c) viole l’art. 12 de la *Charte*. Si le juge Gonthier a besoin d’autres situations hypothétiques qui «traduisent la réalité», il est facile d’en trouver. Prenons l’exemple donné lors du procès par le juge Hogarth de la Cour de comté (et cité par le juge Wood en appel), de la situation d’un [TRADUCTION] «accusé, frappé d’une interdiction de conduire, [qui] avait, à la suite d’un accident survenu sur une autoroute, déplacé de quelques pieds un véhicule automobile dont le conducteur n’était pas en état de le faire, afin de laisser passer d’autres voitures prises dans un embouteillage s’étendant sur plusieurs milles» ((1988), 44 C.C.C.(3d) 166, à la p. 172). Je conviens enfin avec le juge Hogarth qu’ [TRADUCTION] «une

fine which might mean loss of employment of long standing and other amenities would be ridiculous”.

Consider also the case of persons driving while prohibited who plead extenuating circumstances which, while not providing a defence at law (i.e. the common law defence of necessity), should properly be considered in sentencing because they tend to reduce the accused's blameworthiness. (In this respect, I note the limited availability of the defence of necessity on the test set out by this Court in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.)

To return to the central issue, however, I understand the Court of Appeal as simply saying that when the gravity of the offence is considered together with the potential range of situations in which offenders may find themselves, a mandatory minimum sentence may prevent the court charged with sentencing from reaching a fair result, and indeed require the judge in some cases to impose a sentence which is grossly disproportionate. To put it another way, the mandatory minimum sentence required by s. 88(1)(c) deprives the judge of the range of discretion which is appropriate having regard to the gravity of the offence and the circumstances in which it arises. In short, mandatory minimum sentences must be appropriate having regard to the gravity of the offence and the potential circumstances which may arise. I see no error in that conclusion. Nor do I see any error in referring to “a modest amount of human experience”. The experience of a judge who has had occasion to pass sentences for different offences leaves him with great respect for the infinite variety of circumstances which may mandate a sentence short of imprisonment for all offences save those of the greatest gravity.

Gonthier J. suggests that the Court of Appeal was able to reach these conclusions only by “divorcing the offence of driving while prohibited from the vari-

peine de sept jours d'emprisonnement et de 300 \$ d'amende qui pourrait entraîner la perte d'un emploi occupé depuis longtemps et la perte d'autres agréments serait ridicule».

^a Prenons en outre le cas des personnes qui conduisent durant une interdiction et qui plaident des circonstances atténuantes qui, bien que ne fondant pas un moyen de défense en droit (c.-à-d. la défense de nécessité reconnue par la common law), devraient à juste titre être prises en considération aux fins de la détermination de la peine parce qu'elles tendent à diminuer la culpabilité morale de l'accusé. (Je signale à ce propos les possibilités limitées d'invoquer la défense de nécessité suivant le critère énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.)

^a Revenant toutefois à la question principale, si je comprends bien, la Cour d'appel dit simplement que, lorsque la gravité de l'infraction est prise en considération en même temps que la gamme possible de situations dans lesquelles des contrevenants pourraient se trouver, l'existence d'une peine minimale obligatoire pourrait empêcher la cour chargée de la détermination de la peine d'aboutir à un résultat équitable et, dans certains cas, obligerait même le juge à infliger une peine exagérément disproportionnée. ^f Autrement dit, la peine minimale obligatoire prescrite par l'al. 88(1)c) prive le juge du large pouvoir discrétionnaire qu'il convient d'exercer eu égard à la gravité de l'infraction et aux circonstances dans lesquelles elle a été commise. ^g Bref, les peines minimales obligatoires doivent être appropriées compte tenu à la fois de la gravité de l'infraction et des circonstances pouvant se présenter. Je ne vois dans cette conclusion aucune erreur. Je ne vois pas non plus ce qu'il peut y avoir d'erroné à parler d'une «modeste expérience de la vie». ^h L'expérience d'un juge qui a eu l'occasion de fixer des peines pour différentes infractions lui permet d'acquérir une conscience aiguë de la variété infinie de circonstances dans lesquelles une peine moins sévère que l'emprisonnement peut s'imposer pour toutes les infractions sauf les plus graves. ⁱ

^j Le juge Gonthier affirme que la Cour d'appel n'a pu arriver à ces conclusions qu'«en séparant l'infraction de conduite durant une interdiction des diffé-

ous infractions which led up to the prohibition” (p. 518). With respect, I think this may misconstrue Wood J.A.’s reasoning. Wood J.A. referred to the need to consider the circumstances “related to the driving which is prohibited” rather than the circumstances leading to the prohibition, only after having stated his primary conclusion, and for the sole purpose of rebutting the argument that sentences imposed under s. 88(1)(c) could not be found disproportionate because those convicted of driving while prohibited would not be “small” offenders. He concluded (at p. 173):

If a sentence of seven days is wholly disproportionate in any given case, based on the circumstances of the offence and the personal circumstances of the offender, its constitutionality cannot be salvaged on the grounds that it is in some way justified as a form of supplementary punishment for offences of which the offender has already been convicted and for which he has already been punished.

Wood J.A.’s point, as I understand it, was simply that it is the offence of driving while prohibited, together with all circumstances relevant to that offence, which must be considered. Therefore the mere fact that the accused has committed previous driving infractions does not save the mandatory sentence imposed by s. 88(1)(c).

I conclude that the Court of Appeal properly applied the tests laid down by this Court in *Smith* and correctly concluded that s. 88(1)(c) violated s. 12 of the *Charter*. I share the view of Wood J.A. below that in some of the cases envisaged by the scheme established by ss. 88(1)(a) and (1)(c) of the *Motor Vehicle Act*, the mandatory minimum sentence of seven days’ imprisonment plus a fine would be clearly disproportionate and shocking to the Canadian conscience, and hence violate the guarantee against cruel and unusual punishment in s. 12 of the *Charter*. I also agree with the conclusion of Wood J.A. that s. 88(1)(c) cannot be saved under s. 1 of the *Charter* because it is overbroad. To quote Wood J.A. (at p. 176): “[the] material does not demonstrate any obvious or probable need

rentes infractions aboutissant à l’interdiction» (à la p. 518). Avec égards, je crois qu’il s’agit peut-être là d’une interprétation erronée du raisonnement du juge Wood. En effet, ce dernier a parlé de la nécessité de prendre en considération les circonstances [TRADUCTION] «liées à la conduite interdite» plutôt que celles menant à l’interdiction seulement après avoir énoncé sa conclusion principale et à seule fin de réfuter l’argument voulant que les peines infligées en vertu de l’al. 88(1)(c) ne peuvent pas être jugées disproportionnées parce que les personnes reconnues coupables de conduite durant une interdiction ne seraient pas des «petits» contrevenants. Il a conclu (à la p. 173):

[TRADUCTION] Si une peine de sept jours d’emprisonnement est tout à fait disproportionnée dans un cas donné, compte tenu des circonstances de l’infraction et des circonstances personnelles du contrevenant, sa constitutionnalité ne peut être sauvegardée du fait qu’il s’agit d’une peine qui se justifie en quelque sorte en tant que sanction supplémentaire d’infractions relativement auxquelles le contrevenant a déjà été reconnu coupable et pour lesquelles il a déjà été puni.

Si je comprends bien, le juge Wood dit simplement que c’est l’infraction de conduite durant une interdiction ainsi que toutes les circonstances pertinentes relativement à cette infraction qui doivent être prises en considération. Cela étant, le simple fait que l’accusé a déjà commis des infractions aux règles de conduite automobile ne vient pas sauvegarder la peine obligatoire prescrite par l’al. 88(1)(c).

Je conclus que la Cour d’appel a appliqué correctement les critères énoncés par notre Cour dans l’arrêt *Smith* et qu’elle a eu raison de conclure que l’al. 88(1)(c) viole l’art. 12 de la *Charte*. Je partage l’avis du juge Wood de la Cour d’appel, selon lequel, dans certains cas visés par le régime établi par les al. 88(1)(a) et (1)(c) de la *Motor Vehicle Act*, la peine minimale obligatoire de sept jours d’emprisonnement et d’une amende serait manifestement disproportionnée et choquerait la conscience des Canadiens, de sorte qu’elle constituerait une violation de la garantie de protection contre les peines cruelles et inusitées prévue à l’art. 12 de la *Charte*. Je souscris également à la conclusion du juge Wood que l’al. 88(1)(c) ne peut, en raison de sa portée excessive, être sauvegardé par l’article premier de la *Charte*. Comme l’a dit le juge Wood, à la p. 176: [TRADUCTION] «Il ne se

for a deterrent which has such an indiscriminate reach.”

Finally, I agree with the Court of Appeal that rather than alleviating the particular offences from the purview of s. 88(1)(c) on a case-by-case basis, as is required for conformity with the *Charter*, the mandatory minimum sentence in s. 88(1)(c) should be struck out. As suggested earlier, the certainty required for offences which may lead to imprisonment requires no less.

Disposition

I would dismiss the appeal and remit the matter to the trial court.

Appeal allowed, LAMER C.J. and MCLACHLIN and STEVENSON JJ. dissenting.

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

Solicitor for the respondent: Kathryn Ford, New Westminster.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

dégage des documents aucune nécessité évidente ou probable d'une mesure de dissuasion qui s'applique ainsi sans distinction.»

Enfin, je conviens avec la Cour d'appel que, plutôt que de procéder au cas par cas pour soustraire des infractions particulières à l'application de l'al. 88(1)c), ce qui serait nécessaire pour que celui-ci soit conforme à la *Charte*, il faut supprimer la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 88(1)c). Ainsi que je l'ai déjà indiqué, la certitude qui doit exister en ce qui concerne les infractions pouvant entraîner une peine d'emprisonnement commande au moins cela.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et les juges MCLACHLIN et STEVENSON sont dissidents.

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

Procureur de l'intimé: Kathryn Ford, New Westminster.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Canson Enterprises Ltd. and Fealty Enterprises Ltd. Appellants

v.

Boughton & Company, Ralph R. Wollen, George O. Treit, Treit Land Consultants Inc., Pacific Mortgage Corporation Limited, Gordon Bert Wilkins, Sun-Mark Development Corporation and Peregrine Ventures Inc. Respondents

INDEXED AS: CANSON ENTERPRISES LTD. v. BOUGHTON & CO.

File No.: 21672.

1990: October 29; 1991: November 21.

Present: Lamer C.J. and Wilson*, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Damages — Breach of fiduciary duty — Solicitor preparing conveyance not advising purchasers of secret profit made on a flip — On agreed facts, purchasers fully apprised of situation would not have entered the transaction — Action arising because inability of other professionals found liable in tort for faulty construction of building on subject lands to pay damages — Whether or not damages recoverable.

In May, 1977, the appellants and respondent Peregrine Ventures Inc. agreed (on the proposal of respondent Treit) to purchase a piece of property and to enter a joint venture to develop it. The purchasers agreed to pay Treit a commission of 15 percent of any profit on resale. Unknown to the appellants, but known to Peregrine, Treit had arranged for an intermediate company, Sun-Mark Development Corporation, to share in the profit from the sale, a profit from which Treit would share equally. This profit came about because Sun-Mark had entered an interim agreement to buy the

* Wilson J. took no part in the judgment.

Canson Enterprises Ltd. et Fealty Enterprises Ltd. Appelantes

c.

a

Boughton & Company, Ralph R. Wollen, George O. Treit, Treit Land Consultants Inc., Pacific Mortgage Corporation Limited, Gordon Bert Wilkins, Sun-Mark Development Corporation et Peregrine Ventures Inc. Intimés

RÉPERTORIÉ: CANSON ENTERPRISES LTD. c. BOUGHTON & CO.

N° du greffe: 21672.

1990: 29 octobre; 1991: 21 novembre.

d

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

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

Dommages-intérêts — Manquement à une obligation fiduciaire — Avocat qui prépare un acte translatif de propriété sans révéler aux acquéreurs un bénéfice secret réalisé grâce à une opération d'achat et de revente successifs — L'exposé conjoint des faits révèle que si les acquéreurs avaient été parfaitement au courant de la situation ils n'auraient pas conclu l'opération — Action découlant de l'impossibilité de payer les dommages-intérêts dans laquelle se trouvaient les autres professionnels jugés responsables sur le plan délictuel pour la construction défectueuse d'un édifice sur le bien-fonds en cause — Ces dommages-intérêts sont-ils recouvrables?

h

En mai 1977, à l'invitation de l'intimé Treit, les appelantes et l'intimée Peregrine Ventures Inc. ont convenu d'acheter un terrain et d'entreprendre conjointement son aménagement. Les acquéreurs ont accepté de verser à Treit une commission de 15 pour 100 sur tout bénéfice réalisé lors de la revente. À l'insu des appelantes, mais non de Peregrine, Treit s'était arrangé pour qu'une société intermédiaire, Sun-Mark Development Corporation, partage le bénéfice provenant de la vente, bénéfice dont Treit recevrait une part égale. Ce bénéfice venait de ce que Sun-Mark avait conclu une entente intermédiaire

* Le juge Wilson n'a pas pris part au jugement.

land from the vendors (the Hendersons) for \$410,000. The purchasers paid \$525,000 and the secret profit to Peregrine and Treit from the "flip" was therefore \$115,000. Appellants would not have purchased the property or entered into the joint venture had they known of the interim agreement with Sun-Mark.

The alleged breach of fiduciary duty arose out of the following circumstances. The solicitor, Wollen, of the defendant law firm, Boughton & Co., acted for the purchasers in the preparation of the conveyance and joint venture agreement. He also acted for Sun-Mark in its purchase and resale of the property, but did not disclose to the appellant purchasers that the property was not being purchased directly from the Hendersons. The statement of adjustments for the Hendersons prepared by Wollen showed the sale price to be \$410,000 while that prepared for the purchasers (the appellants and Peregrine) showed it to be \$525,000 paid to the Hendersons. Therefore, this statement of adjustments did not disclose Sun-Mark's interest. Wollen paid over the \$115,000 secret profit to Sun-Mark and did not disclose this payment to the appellants. Although the conveyance he prepared transferred the property directly from the Hendersons to the appellants and Peregrine, Wollen did not apportion the land title fees or the conveyancing fees between Sun-Mark and the appellants but rather rendered a bill to the appellants and Peregrine for the entire amount of his services.

Following the purchase, the appellants proceeded with a warehouse development on the property, but suffered substantial losses when piles supporting a warehouse constructed on the property began to sink, causing extensive damage to the building. The appellants then brought action against the soils engineers and a pile-driving company retained by the purchasers for the damage to the warehouse. At trial, the soils engineers were found negligent and damages of \$4,920,200.33 were awarded against them. On appeal, the pile-driving company was also found liable in damages for breach of contract. As a result of the inability of the pile-driving company to pay, the matter was settled for a sum less than that awarded at trial. The engineering firm was unable to pay any part of the damage award, and the mortgage company, from which the appellants and Peregrine had borrowed funds, ultimately foreclosed on the property. The appellants and Peregrine received the proceeds of the settlement of the lawsuit, but were left with

prévoyant l'achat du bien-fonds aux vendeurs, les Henderson, au prix de 410 000 \$. Comme les acquéreurs ont payé 525 000 \$, le bénéfice secret que cette opération d'achat et de revente successifs a rapporté à Peregrine et à Treit était de 115 000 \$. Les appelantes n'auraient pas fait l'acquisition du bien-fonds ni ne se seraient lancées dans l'entreprise conjointe si elles avaient été au courant de l'entente intermédiaire avec Sun-Mark.

Le manquement à l'obligation fiduciaire aurait eu lieu dans les circonstances suivantes. L'avocat, Wollen, qui faisait partie du cabinet juridique défendeur, Boughton & Co., a agi pour le compte des acquéreurs dans la préparation de l'acte translatif de propriété et du contrat d'entreprise conjointe. Il a en outre représenté Sun-Mark dans l'achat et la revente du bien-fonds, mais il n'a pas révélé aux acquéreurs appelants qu'elles n'achetaient pas le terrain directement aux Henderson. Suivant l'état des rajustements dressé par Wollen pour les Henderson, le prix d'achat était de 410 000 \$, alors que, d'après celui préparé pour les acquéreurs (les appelantes et Peregrine), ce prix était de 525 000 \$ et était versé aux Henderson. Ce dernier état ne révélait donc pas l'intérêt de Sun-Mark. Wollen a remis à Sun-Mark le bénéfice secret de 115 000 \$, sans en informer les appelantes. Quoique l'acte translatif de propriété qu'il a dressé ait effectué la cession directe du bien-fonds par les Henderson aux appelantes et Peregrine, Wollen n'a réparti ni les frais d'enregistrement des droits immobiliers ni les frais de préparation de l'acte translatif de propriété entre Sun-Mark et les appelantes, mais a plutôt facturé aux appelantes et à Peregrine la totalité de ses services.

À la suite de l'achat, les appelantes ont procédé à la construction d'un entrepôt sur le terrain. Elles ont toutefois essuyé d'importantes pertes quand des pieux de fondation soutenant l'entrepôt se sont mis à s'affaisser, causant de lourds dommages à l'immeuble. Les appelantes ont alors intenté contre les ingénieurs des sols et une entreprise de battage de pieux, dont les acquéreurs avaient retenu les services, une action pour les dommages causés à l'entrepôt. En première instance, la cour a jugé que les ingénieurs des sols avaient fait preuve de négligence et elle les a condamnés à verser 4 920 200,33 \$ de dommages-intérêts. En appel, on a jugé que l'entreprise de battage de pieux était également tenue de verser des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. En raison de l'impossibilité de payer dans laquelle se trouvait l'entreprise de battage de pieux, les parties se sont entendues sur le paiement d'une somme inférieure à celle accordée au procès. Quant au cabinet d'ingénieurs, il n'a rien pu payer des dommages-intérêts

a shortfall of \$801,290 for Canson and \$280,000 for Fealty.

The appellants commenced the present action against the respondent solicitor and his law firm for the amount of the shortfall, alleging that the failure to disclose the secret profits was actionable as deceit or breach of fiduciary duty. The action was brought as a special case on the basis of an agreed statement of facts. The sole issue before the court was whether and what damages were recoverable from the defendants (respondents), assuming the facts in the agreed statement were true.

The trial judge found the solicitor Wollen was not liable in deceit but liable for breach of fiduciary duty and awarded damages on the same basis as for an action for deceit. The Court of Appeal dismissed an appeal from that judgment. The appellants appealed to this Court on the ground that compensation for breach of the fiduciary duty should be calculated on the same footing as for a breach of trust.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: The situation here involved a breach of a fiduciary duty sufficient to call upon equity's jurisdiction to compensate the appellants for breach of the duty. A fiduciary duty may be breached when the solicitor fails to inform a client of a fact of which he should have informed him, or that he should seek independent advice. A solicitor may be liable for a fiduciary duty for non-disclosure of a factor of some importance, even when his or her personal interest is not at stake. The law does not limit fiduciary obligations to situations where the solicitor may benefit from a misstatement.

The manner of calculating compensation adopted by the courts in trust cases or situations akin to a trust do not apply, however. There is a sharp divide between a situation where a person has control of property which in the view of the court belongs to another, and one

auxquels il avait été condamné et la société de prêts hypothécaires qui avait avancé des fonds aux appelantes et à Peregrine a finalement saisi le bien hypothéqué. Les appelantes et Peregrine ont touché le produit du règlement du litige, mais il restait un solde impayé de 801 290 \$ dans le cas de Canson et de 280 000 \$ dans celui de Fealty.

Les appelantes ont intenté, contre l'avocat intimé et le cabinet auquel il appartenait, la présente action en recouvrement du solde impayé. Elles faisaient valoir que l'omission de divulguer le bénéfice secret donnait lieu à une action pour dol ou pour manquement à une obligation fiduciaire. L'action a été engagée par voie d'exposé de cause, en fonction d'un exposé conjoint des faits. Les seules questions soumises à la cour étaient de savoir, à supposer que les faits énoncés dans l'exposé conjoint étaient exacts, si les défendeurs (intimés) pouvaient être condamnés à verser des dommages-intérêts et, dans l'affirmative, quel pourrait en être le montant.

Le juge de première instance a conclu que l'avocat Wollen n'avait pas commis de dol mais qu'il avait manqué à une obligation fiduciaire, et il a accordé des dommages-intérêts calculés de la même façon que dans le cas d'une action pour dol. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre ce jugement. Les appelantes se pourvoient devant notre Cour en faisant valoir que l'indemnisation pour le manquement à une obligation fiduciaire devrait être calculée de la même façon que dans le cas d'un manquement aux obligations du fiduciaire.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory: Il s'agit en l'espèce d'un manquement à une obligation fiduciaire suffisant pour justifier l'exercice de la compétence en *equity* pour dédommager les appelantes par suite de ce manquement. Il peut y avoir manquement à une obligation fiduciaire lorsque l'avocat omet d'informer son client d'un fait dont il aurait dû le mettre au courant, ou de lui conseiller de demander un avis indépendant. La responsabilité d'un avocat peut être engagée par suite du manquement à une obligation fiduciaire de divulgation d'un facteur qui revêt une certaine importance, même si son intérêt personnel n'est pas en jeu. Le droit ne limite pas les obligations fiduciaires aux situations où l'avocat peut bénéficier d'une déclaration inexacte.

Cependant, le mode de calcul de l'indemnité adopté par les tribunaux dans les affaires de fiducie ou dans des situations analogues ne s'applique pas. Il existe une ligne de démarcation très nette entre la situation où une personne a sous son contrôle un bien qui, de l'avis de la

where a person is under a fiduciary duty to perform an obligation where equity's concern is simply that the duty be performed honestly and in accordance with the undertaking the fiduciary has taken on. The principles applicable to trusts should not be transposed to a breach of a fiduciary duty of the type in question here. The harshness of the result is reason alone, but apart from this, the claim for the harm resulting from the actions of third parties can fairly be looked upon as falling within what is encompassed in restoration for the harm suffered from the breach.

The equitable remedy of compensation is not likely to be resorted to frequently, except as adjunct to some other equitable remedy. The tort of deceit has long provided a convenient common law remedy that makes resort to the equitable remedy infrequent in cases of fraud, and with the development of the principle in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, it is unlikely to be used often in cases of negligent misstatement. An award of compensation, however, is no less that because the amount recovered in a particular case is the same as would have been awarded in an action at common law.

Policies underlying concepts like remoteness and mitigation might have developed from an equitable perspective. However, given the paucity of authority in the field, it is scarcely surprising that courts will deal with a case falling properly within the ambit of equity as if it were a common law matter or as justifying the use of its mode of analysis.

The maxims of equity are malleable principles that can be flexibly adapted to serve the ends of justice as now perceived. Law and equity have long overlapped in pursuit of their common goal of affording adequate remedies against those placed in a position of trust or confidence when they breach a duty that reasonably flows from that position and it was reasonable and proper that the courts have tended to merge the principles of law and equity. Only when there are different policy objec-

cour, appartient à quelqu'un d'autre, et celle où une personne est soumise à une obligation fiduciaire de s'acquitter d'une tâche, le souci de l'*equity* étant, dans ce dernier cas, de veiller simplement à ce qu'on s'acquitte de cette tâche honnêtement et en conformité avec l'engagement pris par la personne soumise à l'obligation fiduciaire. Les principes applicables aux fiducies ne devraient pas être appliqués au manquement à une obligation fiduciaire du genre dont il est question en l'espèce. La seule sévérité du résultat justifie cette conclusion mais, indépendamment de cela, la demande relative au préjudice découlant des actes de tierces personnes peut en toute justice être considérée comme étant comprise dans le champ de la réparation du préjudice causé par le manquement.

Il est peu probable qu'on ait souvent recours au redressement de l'indemnisation, fondé sur l'*equity*, si ce n'est qu'à titre accessoire à quelque autre redressement d'*equity*. Voilà longtemps en effet que le délit civil de dol donne lieu à un redressement pratique de common law qui fait en sorte qu'on recourt rarement, dans des cas de fraude, au redressement offert par l'*equity* et, par suite du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, il est peu probable qu'on y ait souvent recours dans le cas de déclarations inexactes faites par négligence. Toutefois, une indemnité n'est pas moins une indemnité parce que la somme accordée dans un cas donné est identique à celle qui l'aurait été dans une action en common law.

Les politiques sous-tendant des concepts comme ceux de l'éloignement et de la limitation du dommage auraient pu être conçues sous l'angle de l'*equity*. Toutefois, compte tenu du peu de jurisprudence dans ce domaine, il n'est guère surprenant que les tribunaux examinent une affaire relevant à bon droit de l'*equity* comme s'il s'agissait d'une question de common law ou comme justifiant le recours à une méthode analytique propre à la common law.

Les maxims de l'*equity* sont des principes malléables possédant une souplesse qui permet de les adapter à la réalisation des objets de la justice telle que perçue de nos jours. La common law et l'*equity* se chevauchent depuis longtemps dans la poursuite de leur objectif commun d'accorder des redressements adéquats chaque fois qu'une personne, à qui on fait confiance en raison de sa situation, manque à une obligation découlant raisonnablement de cette situation et il est raisonnable et légitime que les tribunaux aient eu tendance à fusionner les principes de common law et d'*equity*. Seule l'existence de différents objectifs de principe devrait permettre le recours à la souplesse bien connue

tives should equity engage in its well-known flexibility to achieve a different and fairer result.

The fusion of law and equity provides a general, but flexible, approach that allows for direct application of the experience and best features of both law and equity, whether the mode of redress (the cause of action or remedy) originates in one system or the other. The whole of the two systems should not be indiscriminately melded together; some equitable concepts like trusts, equitable estates and consequent equitable remedies must continue to exist apart, if not in isolation, from common law rules.

With fiduciary relationships and the law regarding misstatements, both the courts of common law and of equity provided remedies where a person failed to meet the trust or confidence reposed in that person. There was throughout considerable overlap. In time, however, the common law outstripped equity and the remedy of compensation became somewhat atrophied. Under these circumstances, there is no reason why equity should not borrow from the experience of the common law. Whether the courts refine the equitable tools such as the remedy of compensation, or follow the common law on its own terms, is not particularly important where the same policy objective is sought.

Where a situation requires different policy objectives, the remedy may be found in the system that appears more appropriate. This will often be equity. Its flexible remedies such as constructive trusts, account, tracing and compensation must continue to be moulded to meet the requirements of fairness and justice in specific situations. This process should not be confined to pre-existing situations.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: Apart from cases where the trustee controls the property of the cestui que trust, damages for breach of fiduciary duty should not be measured by analogy to tort and contract. Proceeding by analogy with tort overlooks not only the unique foundation and goals of equity but also the differences between the tort of negligence and contract on the one hand and the basis of the fiduciary obligation and the rationale for equitable compensation on the other. Such an approach would also require that

de l'*equity* afin d'obtenir un résultat différent et plus équitable.

La fusion de la common law et de l'*equity* fournit une méthode générale, mais souple, qui permet d'appliquer directement l'expérience et les meilleures caractéristiques de la common law et de l'*equity*, peu importe que le redressement (la cause d'action ou le recours) émane d'un système ou de l'autre. Il ne faudrait pas mélanger aveuglément les deux systèmes au complet; certains concepts d'*equity*, tels que les fiducies, les droits de propriété en *equity* et les redressements d'*equity* qui s'ensuivent doivent continuer à exister, sinon isolément, du moins indépendamment des règles de common law.

Dans le cas des rapports fiduciaires et du droit applicable aux déclarations inexactes, tant les tribunaux de common law que ceux d'*equity* accordaient des redressements lorsqu'une personne abusait de la confiance que lui avait témoignée une autre personne. Il y a toujours eu une grande mesure de chevauchement. Avec le temps, la common law est venue à devancer l'*equity* et le redressement sous forme d'indemnisation s'est quelque peu atrophié. Dans ces circonstances, il n'y a aucune raison pour laquelle l'*equity* ne devrait pas emprunter à la common law. Que les tribunaux décident d'améliorer les outils, comme le redressement sous forme d'indemnisation, fournis par l'*equity*, ou de suivre exactement la common law, cela n'est pas particulièrement important lorsque c'est le même objectif de principe qui est poursuivi.

Si une situation nécessite la poursuite de différents objectifs de principe, il est possible de chercher le redressement dans le système qui paraît convenir le mieux. Souvent, ce sera l'*equity*. Ses redressements souples, tels que les fiducies par interprétation, la reddition de compte, le droit de suite et l'indemnisation, doivent donc continuer à être façonnés de manière à satisfaire aux exigences de l'équité et de la justice dans des situations précises. Ce processus ne devrait pas se limiter aux situations déjà évaluées par les tribunaux.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin: Sauf les cas où le fiduciaire a sous son contrôle les biens du bénéficiaire, les dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire (découlant d'un rapport de confiance) ne devraient pas se calculer par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle et le droit des contrats. La façon de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle fait abstraction du fondement et des objectifs uniques de l'*equity*, ainsi que des différences entre le

“true trust” situations be artificially separated from other fiduciary obligations.

Compensation is an equitable monetary remedy available when the equitable remedies of restitution and account are not appropriate. By analogy with restitution, it attempts to restore to the plaintiff what has been lost as a result of the breach. The plaintiff's actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight. Foreseeability is not a concern in assessing compensation, but it is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach. The plaintiff will not be required to mitigate, as the term is used in law, but losses resulting from clearly unreasonable behaviour on the part of the plaintiff will be adjudged to flow from that behaviour, and not from the breach. Where the trustee's breach permits the wrongful or negligent acts of third parties, thus establishing a direct link between the breach and the loss, the resulting loss will be recoverable. Where there is no such link, the loss must be recovered from the third parties.

The plaintiffs would not have bought an interest in the property and the joint venture had they known of the breach of fiduciary duty. The loss arising from this was caused by the breach and is recoverable. The further losses sustained in the course of construction did not result or flow from the breach of fiduciary duty. The solicitor's liability therefore did not extend to loss suffered by the plaintiff due to the negligence of architects and engineers in subsequent construction on the land. Damages should be assessed as by the trial judge and the Court of Appeal.

Per Stevenson J.: Compensation should not be determined in the same way as a court of equity would determine compensation as against a trustee and yet it should not be defined as merely putting the plaintiff in as good a position as before the breach. The measure of damages in a compensation claim may not always be the same as in an action of deceit or negligence and differs from

délict civil de négligence et le domaine contractuel, d'une part, et le fondement de l'obligation fiduciaire et la raison d'être de l'indemnité fondée sur l'*equity*, d'autre part. Pareille méthode obligerait aussi à faire une distinction artificielle entre les fiducies au sens strict et les autres obligations découlant d'un rapport de confiance.

L'indemnisation est une mesure de redressement pécuniaire fondée sur l'*equity* à laquelle on peut avoir recours lorsque les redressements d'*equity* que sont la restitution et la reddition de comptes ne conviennent pas. Par analogie avec la restitution, elle tente de rendre au demandeur ce qu'il a perdu par suite du manquement. La perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective. La prévisibilité n'intervient pas dans le calcul de l'indemnité, mais il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement. Le demandeur n'est pas tenu de limiter le dommage, selon l'expression utilisée en droit, mais les pertes résultant d'un comportement manifestement déraisonnable de la part du demandeur seront considérées comme découlant de ce comportement, et non pas du manquement. Lorsque le manquement commis par le fiduciaire permet à des tiers d'accomplir des actes préjudiciables ou négligents, ce qui a ainsi pour effet d'établir un lien direct entre le manquement et la perte, la perte en résultant pourra être recouvrée. Lorsqu'il n'existe aucun lien de ce genre, la perte doit être recouvrée auprès des tiers.

Les demanderessees n'auraient pas acquis une participation dans les biens et l'entreprise conjointe si elles avaient été au courant du manquement à l'obligation fiduciaire. La perte qui en a résulté a été causée par ce manquement et elle peut faire l'objet d'un recouvrement. Les autres pertes subies au cours de la construction n'ont pas résulté du manquement à l'obligation fiduciaire. La responsabilité de l'avocat ne va donc pas jusqu'à s'appliquer à la perte que les demanderessees ont subie en raison de la négligence dont ont fait preuve les architectes et les ingénieurs dans la construction ultérieure d'un entrepôt sur le bien-fonds. Les dommages-intérêts devraient être évalués comme l'ont fait le juge de première instance et la Cour d'appel.

Le juge Stevenson: L'indemnité ne devrait pas être déterminée de la même façon que le ferait un tribunal d'*equity* dans le cas d'une action contre un fiduciaire et, encore là, elle ne devrait être définie comme se bornant à mettre le demandeur dans une situation aussi avantageuse que celle où il se trouvait avant le manquement. La somme à accorder dans le cas d'une demande d'in-

damages particularly where equity is looking at restitution. A court of equity, applying principles of fairness, would and should draw the line at calling upon the fiduciary to compensate for losses arising as a result of the unanticipated neglect of the engineers and pile driving contractor. The fiduciary had nothing to do with their selection, their control, their contractual or bonding obligations. These losses are too remote, not in the sense of failing the "but for" test, but in being so unrelated and independent that they should not, in fairness, be attributed to the defendant's breach of duty.

The fusion of law and equity had nothing to do with deciding this case. If it did, the rules of equity would prevail. The principles of contributory negligence were not introduced by fusion.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Jacks v. Davis* (1980), 12 C.C.L.T. 298, aff'd [1983] 1 W.W.R. 327; *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (P.C.), aff'g [1933] S.C.R. 257; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134; *Day v. Mead*, [1987] 2 N.Z.L.R. 443; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; referred to: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.*, [1990] 3 W.W.R. 413, aff'd [1991] 3 S.C.R. 3; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Burrowes v. Lock* (1805), 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927; *Slim v. Croucher* (1860), 1 De G. F. & J. 518, 45 E.R. 462; *Culling v. Sansai Securities Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 456; *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252; *Howard v. Cunliffe* (1973), 36 D.L.R. (3d) 212; *Laskin v. Bache and Co.*, [1972] 1 O.R. 465; *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 58 O.R. (2d) 1; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Derry v. Peek* (1889), 14 A.C. 337; *Low v. Bouverie*, [1891]

demission ne se calcule pas toujours de la même façon que dans une action pour dol ou pour négligence et elle diffère des dommages-intérêts, particulièrement lorsque l'*equity* envisage la restitution. Un tribunal d'*equity*, qui applique les principes d'équité, n'irait pas, ni devrait aller, jusqu'à sommer la personne soumise à une obligation fiduciaire de procéder à l'indemnisation des pertes résultant de la négligence imprévue des ingénieurs et de l'entreprise de battage de pieux. La personne soumise à une obligation fiduciaire n'avait nullement participé à leur sélection ou à leur surveillance et elle était en outre étrangère à leurs obligations en matière de contrat ou de cautionnement. Ces pertes sont trop indirectes, non pas en ce sens qu'elles ne satisfont pas au critère du «n'eût été», mais du fait qu'elles sont si éloignées et indépendantes qu'elles ne devraient pas, en toute justice, être attribuées au manquement par le défendeur à son obligation.

La fusion de la common law et de l'*equity* n'est pas pertinente en l'espèce. Dans l'hypothèse contraire, les règles de l'*equity* l'emporteraient. La fusion n'a pas eu pour effet d'introduire les principes de la négligence contributive.

e Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Jacks v. Davis* (1980), 12 C.C.L.T. 298, conf. par [1983] 1 W.W.R. 327; *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (C.P.), conf. [1933] R.C.S. 257; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134; *Day v. Mead*, [1987] 2 N.Z.L.R. 443; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; arrêts mentionnés: *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.*, [1990] 3 W.W.R. 413, conf. par [1991] 3 R.C.S. 3; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Burrowes v. Lock* (1805), 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927; *Slim v. Croucher* (1860), 1 De G. F. & J. 518, 45 E.R. 462; *Culling v. Sansai Securities Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 456; *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252; *Howard v. Cunliffe* (1973), 36 D.L.R. (3d) 212; *Laskin v. Bache and Co.*, [1972] 1 O.R. 465; *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 58 O.R. (2d) 1; *Hedley Byrne & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Derry v. Peek* (1889),

3 Ch. 82; *Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson* (1893), 42 W.R. 204, [1893] A.C. 396; *Todd v. Gee* (1810), 17 Ves. Jun. 273, 34 E.R. 106; *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633.

By McLachlin J.

Considered: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158; **referred to:** *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807; *Re Dawson*; *Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *Caffrey v. Darby* (1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801.

By Stevenson J.

Referred to: *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 343.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Supreme Court Rules, 1976, Rule 33. *Chancery Amendment Act*, 1858 (Eng.), 21 & 22 Vict., c. 27.

Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 41. *Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (Eng.), 36 & 37 Vict., c. 66.

Authors Cited

Cooter, Robert and Bradley J. Freedman. "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences" (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 1045.

Davidson, Ian E. "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349.

Gummow, W. M. C. "Compensation for Breach of Fiduciary Duty". In T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.

Hanbury, Harold Greville and Ronald Harling Maudsley. *Modern Equity*, 12th ed. By Jill E. Martin. London: Stevens, 1985.

Meagher, Roderick Pitt, W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity, Doctrines and Remedies*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.

14 A.C. 337; *Low v. Bouverie*, [1891] 3 Ch. 82; *Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson* (1893), 42 W.R. 204, [1893] A.C. 396; *Todd v. Gee* (1810), 17 Ves. Jun. 273, 34 E.R. 106; *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158; **arrêts mentionnés:** *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807; *Re Dawson*; *Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *Caffrey v. Darby* (1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801.

Citée par le juge Stevenson

Arrêts mentionnés: *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 343.

Lois et règlements cités

British Columbia Supreme Court Rules, 1976, art. 33. *Chancery Amendment Act de 1858* (Angl.), 21 & 22 Vict., ch. 27.

Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, ch. 224, art. 41. *Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (Angl.), 36 & 37 Vict., ch. 66.

Doctrine citée

Cooter, Robert and Bradley J. Freedman. «The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences» (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 1045.

Davidson, Ian E. «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349.

Gummow, W. M. C. «Compensation for Breach of Fiduciary Duty». In T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto, Carswell, 1989.

Hanbury, Harold Greville and Ronald Harling Maudsley. *Modern Equity*, 12th ed. By Jill E. Martin. London: Stevens, 1985.

Meagher, Roderick Pitt, W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. *Equity, Doctrines and Remedies*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.

Sealy, L. S. "Fiduciary Relationships", [1962] *Cambridge L.J.* 69.

Sealy, L. S. "Some Principles of Fiduciary Obligation", [1963] *Cambridge L.J.* 119.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 177, 61 D.L.R. (4th) 732, 45 B.L.R. 301, [1990] 1 W.W.R. 375, dismissing an appeal from a judgment of Macdonell J. (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 46, 52 D.L.R. (4th) 323, 45 C.C.L.T. 209, [1989] 2 W.W.R. 30, finding the defendant solicitor was not liable in deceit but liable for breach of fiduciary duty. Appeal dismissed.

David Roberts, Q.C., Dr. Donovan Waters, Q.C., and Murray Clemens, for the appellants.

K. C. Mackenzie, Q.C., and Carla Forth, for the respondents.

The reasons of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—This case concerns the extent of a solicitor's obligation for breach of fiduciary duty in failing to disclose that a third party was making a secret profit in the plaintiff's purchase of land. More particularly, it raises the question of whether the plaintiff can hold the solicitor liable for loss suffered by the plaintiff due to the negligence of architects and engineers in subsequent construction on the land.

I agree with Justice La Forest that the solicitor's liability does not extend this far and that damages should be assessed as by the trial judge and the Court of Appeal. I base this result, however, in equity. I cannot concur in the suggestion in my colleague's reasons that apart from cases where the trustee controls the property of the cestui que trust, damages

Sealy, L. S. «Fiduciary Relationships», [1962] *Cambridge L.J.* 69.

Sealy, L. S. «Some Principles of Fiduciary Obligation», [1963] *Cambridge L.J.* 119.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 177, 61 D.L.R. (4th) 732, 45 B.L.R. 301, [1990] 1 W.W.R. 375, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Macdonell (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 46, 52 D.L.R. (4th) 323, 45 C.C.L.T. 209, [1989] 2 W.W.R. 30, qui avait conclu que l'avocat défendeur n'avait pas commis de dol, mais qu'il avait manqué à une obligation fiduciaire. Pourvoi rejeté.

David Roberts, c.r., Dr. Donovan Waters, c.r., et Murray Clemens, pour les appelantes.

K. C. Mackenzie, c.r., et Carla Forth, pour les intimés.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Il est question en l'espèce du degré de responsabilité d'un avocat qui a manqué à une obligation fiduciaire (découlant d'un rapport de confiance) en omettant de révéler qu'un tiers était en train de réaliser un bénéfice secret dans le cadre de l'achat d'un bien-fonds par les demanderesse. Plus particulièrement, le présent pourvoi soulève la question de savoir si les demanderesse peuvent tenir l'avocat responsable de la perte qu'elles ont subie en raison de la négligence dont ont fait preuve les architectes et les ingénieurs dans la construction ultérieure d'un entrepôt sur le bien-fonds.

Je conviens avec le juge La Forest que la responsabilité de l'avocat ne va pas aussi loin et que les dommages-intérêts devraient être évalués comme l'ont fait le juge de première instance et la Cour d'appel. Je fonde cette conclusion, toutefois, sur l'équité. Je ne puis souscrire à l'idée, exprimée dans les motifs de mon collègue, que, sauf les cas où le fiduciaire a sous son contrôle les biens du bénéficiaire, les dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire

for breach of fiduciary duty should be measured by analogy to tort and contract.

My first concern with proceeding by analogy with tort is that it overlooks the unique foundation and goals of equity. The basis of the fiduciary obligation and the rationale for equitable compensation are distinct from the tort of negligence and contract. In negligence and contract the parties are taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. Consequently the law seeks a balance between enforcing obligations by awarding compensation and preserving optimum freedom for those involved in the relationship in question, communal or otherwise. The essence of a fiduciary relationship, by contrast, is that one party pledges itself to act in the best interest of the other. The fiduciary relationship has trust, not self-interest, at its core, and when breach occurs, the balance favours the person wronged. The freedom of the fiduciary is diminished by the nature of the obligation he or she has undertaken — an obligation which “betokens loyalty, good faith and avoidance of a conflict of duty and self-interest”: *Canadian Aero Service Ltd. v. O’Malley*, [1974] S.C.R. 592, at p. 606. In short, equity is concerned, not only to compensate the plaintiff, but to enforce the trust which is at its heart.

The trust-like nature of the fiduciary obligation manifests itself in characteristics which distinguish it from the tort of negligence and from breach of contract. Thus Justice Wilson in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at pp. 136-138, (approved by Justices Sopinka and La Forest in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 599 and 646) attributed the following characteristics to a fiduciary obligation: (1) the fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power; (2) the fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s

devraient se calculer par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle et le droit des contrats.

Ma première préoccupation en ce qui concerne la façon de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle tient au fait qu’elle fait abstraction du fondement et des objectifs uniques de l’*equity*. Le fondement de l’obligation fiduciaire et la raison d’être de l’indemnité fondée sur l’*equity* se distinguent du délit civil de négligence et du domaine contractuel. Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties sont considérées comme des acteurs égaux et indépendants, soucieux principalement de leur propre intérêt personnel. Par conséquent, la loi recherche l’équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité et préserver une liberté optimale pour ceux qui sont impliqués dans le rapport en question, qu’il soit collectif ou autre. Par contre, le rapport fiduciaire réside essentiellement dans le fait que l’une des parties s’engage à agir dans le meilleur intérêt de l’autre. Le rapport fiduciaire repose sur la confiance et non sur l’intérêt personnel, et lorsqu’il y a manquement, la balance penche en faveur de la personne lésée. La personne soumise à une obligation fiduciaire voit sa liberté restreinte par la nature de l’obligation qu’elle a assumée, savoir une obligation qui «commande[. . .] la loyauté, la bonne foi et l’absence de conflits d’intérêts et d’obligations»: *Canadian Aero Service Ltd. c. O’Malley*, [1974] R.C.S. 592, à la p. 606. En résumé, l’*equity* se préoccupe non seulement d’indemniser la demandeur, mais encore de faire respecter la confiance qui est au cœur de ce système.

La confiance qui imprègne l’obligation fiduciaire se manifeste dans les caractéristiques qui la distinguent du délit civil de négligence et du domaine contractuel. Dans l’arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, aux pp. 136 à 138, (approuvé par les juges Sopinka et La Forest dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, aux pp. 599 et 646), le juge Wilson attribuait les caractéristiques suivantes à l’obligation fiduciaire: (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à

legal or practical interests; (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

Cooter and Freedman, in "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences" (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 1045, offer a similar formulation of the characteristics of a fiduciary obligation: (i) separation of ownership from control or management, (i.e., one party has some power or discretion which can be exercised unilaterally so as to affect the other party's legal or practical interest); (ii) open-ended obligations, in that specific conduct or definite results are not stipulated; (iii) asymmetry of information concerning acts and results. The first characteristic in this formulation parallels Wilson J.'s first and second characteristics, and the remaining two can be seen as treating the notion of vulnerability in Wilson J.'s test.

Cooter and Freedman go on to point out that because the fiduciary has superior information concerning his or her acts, it will be difficult to detect and prove breach of these wide obligations; and because the fiduciary has control based on the notion of implicit trust, there is a substantial potential for gain through such wrongdoing. This may justify more stringent remedies than for negligence or breach of contract. As Lord Dunedin put it in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, at p. 963: "there was a jurisdiction in equity to keep persons in a fiduciary capacity up to their duty."

These differences suggest that we cannot simply assume that an analogy with tort law is appropriate. And even if we could, the analogy would not be of great assistance. For tort offers different measures of compensation, depending on the nature of the wrong. The measure for deceit, for example, is more stringent than for negligence. So adoption of a tort measure does not solve the problem. The further

influer sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire; (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

^a Dans un article intitulé «The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences» (1991), 66 *N.Y.U. L. Rev.* 1045, Cooter et Freedman formulent de façon similaire les caractéristiques de l'obligation fiduciaire: (i) séparation de la possession et du contrôle ou de la gestion (c.-à-d. l'une des parties a un certain pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé unilatéralement de manière à ^b influencer sur les intérêts juridiques ou pratiques de l'autre partie); (ii) obligations sans réserve, en ce sens qu'on ne mentionne pas de conduite précise à adopter ni de résultats déterminés à obtenir; (iii) asymétrie des renseignements concernant les actes et les résultats. La première caractéristique figurant dans cette formulation est équivalente aux première et deuxième caractéristiques énoncées par le juge Wilson et on peut considérer les deux autres comme traitant de la notion de vulnérabilité contenue dans le critère du ^c juge Wilson.

Cooter et Freedman soulignent ensuite que, vu que la personne soumise à une obligation fiduciaire dispose de meilleurs renseignements au sujet de ses actes, il sera difficile de déceler et de prouver le manquement à ces vastes obligations; et vu que la personne soumise à une obligation fiduciaire exerce un contrôle fondé sur la notion de fiducie implicite, il se peut fort bien qu'elle réalise des gains grâce à des méfaits de ce genre. Cela peut justifier des redressements plus rigoureux qu'en cas de négligence ou d'inexécution de contrat. Comme l'a dit lord Dunedin dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, à la p. 963: [TRADUCTION] «en equity, il y avait un pouvoir de garder à la hauteur de leur tâche les personnes soumises à une obligation fiduciaire.»

Ces différences laissent supposer que nous ne pouvons pas simplement présumer que l'analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle est appropriée. Et même si nous le pouvions, cette analogie ne serait pas d'une grande utilité. En effet, le droit en matière de responsabilité délictuelle offre différentes façons de calculer l'indemnité, selon la nature du tort causé. Le calcul dans le cas du dol, par

question arises: which tort measure? One might argue that the appropriate analogy is with the tort of deceit, since both deceit and breach of fiduciary obligation involve wrongful acts with moral overtones. But the better approach, in my view, is to look to the policy behind compensation for breach of fiduciary duty and determine what remedies will best further that policy. In so far as the same goals are shared by tort and breach of fiduciary duty, remedies may coincide. But they may also differ.

The danger of proceeding by analogy with tort law is that it may lead us to adopt answers which, however easy, may not be appropriate in the context of a breach of fiduciary duty. *La Forest J.* has avoided one such pitfall in indicating that compensation for a breach of fiduciary duty will not be limited by foreseeability, but what of other issues? For instance, the analogy with tort might suggest that presumptions which operate in favour of the injured party in a claim for a breach of fiduciary duty will no longer operate, for example, the presumption that trust funds will be put to the most profitable use. And it is clear that tort law is incompatible with the well developed doctrine that a fiduciary must disgorge profits gained through a breach of duty, even though such profits are not made at the expense of the person to whom the duty is owed. *La Forest J.* allows that benefits may be disgorged, but addresses only the case where no such benefit was obtained (at p. 578). From this it appears that he would treat benefit to the fiduciary on the basis of equitable principles, and losses to the plaintiff on the basis of common law. In my view it is preferable to deal with both remedies under the same system—equity. Rather than begin from tort and proceed by changing the tort model to meet the constraints of trust, I prefer to start from trust, using the tort analogy to the extent shared concerns may make it helpful. This said, I readily concede that we may take wisdom where we find it, and accept such

exemple, est plus rigoureux que dans le cas de la négligence. Ainsi, l'adoption d'un mode d'évaluation fondé sur la responsabilité délictuelle ne règle pas le problème. Une autre question se pose: quel mode adopter en la matière? On pourrait soutenir qu'il y a analogie à juste titre avec le délit civil de dol, puisque le dol et le manquement à une obligation fiduciaire présupposent des actes préjudiciables à connotations morales. Mais la meilleure méthode, à mon avis, est de considérer le principe qui sous-tend l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire et de déterminer quels redressements vont le mieux favoriser l'application de ce principe. Dans la mesure où le délit civil et le manquement à une obligation fiduciaire partagent les mêmes objectifs, les redressements peuvent coïncider. Mais ils peuvent également différer.

Le danger de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle est que cela peut nous amener à choisir des réponses qui, tout en étant faciles, peuvent ne pas convenir dans le contexte d'un manquement à une obligation fiduciaire. Le juge *La Forest* a évité un tel piège en indiquant que l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire ne sera pas limitée par la prévisibilité, mais qu'en est-il des autres questions? Par exemple, l'analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle pourrait laisser supposer que les présomptions qui jouent en faveur de la partie lésée dans une action pour manquement à une obligation fiduciaire ne joueront plus, comme, par exemple, la présomption que les fonds en fiducie seront utilisés de la façon la plus profitable. Et il est manifeste que le droit en matière de responsabilité délictuelle n'est pas compatible avec le principe bien établi selon lequel la personne soumise à une obligation fiduciaire doit rendre les bénéfices obtenus par suite d'un manquement à son obligation, même si ces bénéfices ne sont pas réalisés au détriment du créancier de l'obligation. Le juge *La Forest* convient que les avantages peuvent être rendus, mais il aborde seulement le cas où aucun avantage de ce genre n'a été tiré (à la p. 578). Il en ressort qu'il examinerait l'avantage tiré par la personne soumise à une obligation fiduciaire, à la lumière des principes d'*equity*, et les pertes subies par le demandeur, à la lumière de la common law. À mon

insights offered by the law of tort, in particular deceit, as may prove useful.

My second concern with proceeding by analogy with tort is that it requires us to separate so called "true trust" situations, where the trustee holds property as agent for the beneficiary, from other fiduciary obligations. This distinction is necessary if one proceeds by analogy with tort because the tort analogy cannot apply in the former category (see *La Forest J.*, at p. 578). In my view, however, this distinction is artificial and undercuts the common wrong embraced by both categories—the breach of the obligation of trust and utmost good faith which lies on one who undertakes to control or manage something—be it property or some other interest—on behalf of another. Nor do the cases support the distinction, as illustrated by the analysis which follows of *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335.

Differences between different types of fiduciary relationships may, depending on the circumstances, dictate different approaches to damages. This may be significant as the law of fiduciary obligations develops. However, such differences must be related in some way to the underlying concept of trust—the notion of special powers reposed in the trustee to be exercised exclusively for the benefit of the person who trusts. The distinction between the rights of a claimant in equity for maladministration of property as opposed to wrongful advice or information,

avis, il vaut mieux traiter ces deux redressements selon le même système — l'*equity*. Plutôt que de partir de la responsabilité délictuelle et de poursuivre en changeant le modèle de la responsabilité délictuelle afin de se plier aux contraintes de la fiducie, je préfère partir de la notion de fiducie et recourir à l'analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle dans la mesure où les préoccupations communes peuvent la rendre utile. Cela dit, je reconnais volontiers que nous pouvons aller chercher la sagesse là où elle se trouve et accepter les perspectives qu'offre le droit en matière de responsabilité délictuelle, en particulier le dol, dans la mesure où elles peuvent s'avérer utiles.

Ma deuxième préoccupation en ce qui concerne la façon de procéder par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle tient au fait qu'elle nous oblige à distinguer ce qu'on appelle les «fiducies au sens strict», où le fiduciaire détient les biens à titre de représentant du bénéficiaire, des autres obligations découlant d'un rapport de confiance. Cette distinction s'impose si l'on procède par analogie avec le droit en matière de responsabilité délictuelle parce que cette analogie ne peut pas s'appliquer à la première catégorie (voir le juge *La Forest*, à la p. 578). À mon avis, cependant, cette distinction est artificielle et réduit le tort commun qu'englobent les deux catégories, savoir le manquement à l'obligation de confiance et de bonne foi la plus grande à laquelle est tenu celui qui s'engage à contrôler ou à gérer quelque chose, que ce soit un bien ou quelque autre droit, pour le compte d'autrui. La jurisprudence n'étaye pas non plus cette distinction, comme en témoigne l'analyse qui suit de l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

Les différences entre divers types de rapports fiduciaires peuvent, selon les circonstances, commander des façons différentes d'aborder les dommages-intérêts. Cela peut être important au fur et à mesure que le droit évolue en matière d'obligations fiduciaires. Toutefois, il faut rattacher d'une certaine façon ces différences au concept sous-jacent de la fiducie, savoir la notion de pouvoirs spéciaux accordés au fiduciaire pour que celui-ci les exerce exclusivement au profit du bénéficiaire. La distinction entre les droits de l'auteur d'une demande, fondée sur l'*equity*,

resides in the fact that in the former case equity can and does require property wrongfully appropriated to be restored to the cestui que trust together with an account of profits. Where there is no property which can be restored, restitution in this sense is not available. In those cases, the court may award compensation in lieu of restitution. This is a pragmatic distinction in the form of the remedy which must not obscure the fact that the measure of compensation remains restitutionary or "trust-like" in both cases. Any further distinction is difficult to support. Why in principle, should a trustee's abuse of power in relation to tangible property attract different compensation from a trustee's abuse of power in relation to a lease or a mortgage or the purchase of a business or a home? The goals of equity in the latter category of case, as asserted in *Nocton v. Lord Ashburton, supra*, are not only to compensate the plaintiff but to deter fiduciaries from abusing their powers. Whence then the difference in compensation?

Having concluded that equitable compensation should not be determined by the simple expedient of resorting to tort, I come to the central question in this case. What is the ambit of compensation as an equitable remedy? Proceeding in trust, we start from the traditional obligation of a defaulting trustee, which is to effect restitution to the estate. But restitution *in specie* may not always be possible. So equity awards compensation in place of restitution *in specie*, by analogy for breach of fiduciary duty with the ideal of restoring to the estate that which was lost through the breach.

The restitutionary basis of compensation for breach of trust was described in *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807, at p. 819:

The Court of Chancery never entertained a suit for damages occasioned by fraudulent conduct or for breach of trust. The suit was always for an equitable debt or liabil-

pour mauvaise gestion de biens par opposition à des conseils ou à des renseignements erronés réside dans le fait que, dans le premier cas, l'*equity* peut exiger et exige effectivement que les biens acquis illicitement soient rendus au bénéficiaire en plus de procéder à une reddition de comptes. Lorsqu'il n'y a aucun bien qui puisse être rendu, la restitution dans ce sens n'est pas possible. Dans ce cas, le tribunal peut accorder une indemnité au lieu d'ordonner la restitution. C'est une distinction pragmatique sous la forme d'un redressement qui ne doit pas cacher le fait que le calcul de l'indemnité tient de la restitution ou de la fiducie dans les deux cas. Toute autre distinction est difficile à justifier. Pourquoi, en principe, l'abus de pouvoir d'un fiduciaire relativement à des biens matériels entraînerait-il une indemnité différente de celle qu'entraînerait l'abus de pouvoir d'un fiduciaire relativement à un bail, à une hypothèque ou à l'achat d'une entreprise ou d'une maison? Dans cette dernière catégorie de cas, les objectifs de l'*equity*, tels que mentionnés dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, précité, sont non seulement d'indemniser le demandeur mais aussi de dissuader les personnes soumises à une obligation fiduciaire d'abuser de leurs pouvoirs. D'où vient alors la différence d'indemnité?

Ayant conclu que l'indemnité fondée sur l'*equity* ne devrait pas être établie par un simple recours au droit en matière de responsabilité délictuelle, j'arrive à la question principale du présent pourvoi. Quelle est l'étendue de l'indemnisation en tant que redressement d'*equity*? En matière de fiducie, nous partons de l'obligation traditionnelle d'un fiduciaire en défaut, qui est de restituer les biens au patrimoine. Mais la restitution en nature n'est pas toujours possible. Ainsi l'*equity* accorde une indemnité au lieu de la restitution en nature, par analogie, dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire, avec l'idéal de retourner au patrimoine concerné ce qui a été perdu en raison du manquement.

Le fondement restitutoire de l'indemnisation pour manquement aux obligations du fiduciaire a été décrit dans l'arrêt *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807, à la p. 819:

[TRADUCTION] La Cour de la chancellerie ne connaissait jamais d'une action en dommages-intérêts fondée sur une conduite dolosive ou sur le manquement aux obliga-

ity in the nature of debt. It was a suit for the restitution of the actual money or thing, or value of the thing, of which the cheated party had been cheated.

It has been widely accepted ever since. As Davidson states in his very useful article "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349, at p. 351, "the method of computation [of compensation] will be that which makes restitution for the value of the loss suffered from the breach."

Nocton v. Lord Ashburton, *supra*, one of the first cases to deal with a solicitor's breach of fiduciary obligation by way of misstatement, reflects the restitutionary approach to monetary compensation for breach of fiduciary duty. The action in negligence being statute-barred and the *mens rea* required for deceit unproven, the House of Lords had recourse to "the old bill in Chancery to enforce compensation for breach of a fiduciary obligation" (*per* Viscount Haldane, at p. 946). Under this action the Court of Chancery "could order the defendant, not, . . . to pay damages as such, but to make restitution, or to compensate the plaintiff by putting him in as good a position pecuniarily as that in which he was before the injury" (at p. 952). Viscount Haldane held that the proper measure of compensation would have been restitution of the mortgage security and an account for the interest, observing "[t]he measure of damages may not always be the same as in an action of deceit or for negligence" (at p. 958). But since the plaintiff had not asked for the restitutionary remedy and since it was "a matter of form only", compensation was calculated as for damages in tort.

In those cases where the trust consists of property or funds in a stable investment the "actual money or thing" which is to be restored to the injured party will

tions du fiduciaire. Il s'agissait toujours d'une action en recouvrement d'une dette en *equity* ou en exécution d'une obligation de la nature d'une dette. L'action tendait à la restitution de l'argent ou de l'article escroqué à la partie lésée ou au recouvrement de la valeur de cet article.

Il a toujours été largement admis depuis. Comme le dit Davidson dans son article très utile «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349, à la p. 351: [TRADUCTION] «la méthode de calcul [de l'indemnité] sera celle qui effectue la restitution pour la valeur de la perte subie par suite du manquement».

Nocton v. Lord Ashburton, précité, l'un des premiers arrêts à traiter du manquement par un avocat à une obligation fiduciaire, consistant à avoir fait une déclaration inexacte, reflète la méthode restitutoire de l'indemnisation en argent pour manquement à une obligation fiduciaire. L'action pour négligence étant prescrite et la *mens rea* requise en cas de dol n'ayant pas été prouvée, la Chambre des lords a eu recours [TRADUCTION] «à la vieille requête en *equity* pour mettre à exécution l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire» (le vicomte Haldane, à la p. 946). En vertu de cette action, la Cour de la chancellerie [TRADUCTION] «pouvait [. . .] ordonner au défendeur non pas de payer des dommages-intérêts comme tels, mais d'effectuer la restitution ou d'indemniser le demandeur en le mettant dans une situation financière aussi avantageuse que celle où il se trouvait avant le préjudice qui lui a été causé» (à la p. 952). Le vicomte Haldane a conclu que la bonne façon de calculer l'indemnité aurait été de restituer la garantie hypothécaire ainsi qu'un montant pour les intérêts, en faisant remarquer que [TRADUCTION] «[i]l se peut que les dommages-intérêts ne se calculent pas toujours de la même façon que dans une action pour dol ou pour négligence» (à la p. 958). Mais comme le demandeur n'avait pas demandé le redressement sous forme de restitution et que c'était une [TRADUCTION] «une question de forme seulement», l'indemnité a été calculée comme dans le cas des dommages-intérêts pour délit civil.

Dans les cas où la fiducie comporte des biens ou des fonds dans un placement stable, «l'argent ou l'article» qui doit être restitué à la partie lésée est relati-

be relatively well defined. The matter becomes more difficult when the remedy is extended from traditional trusts to breaches of fiduciary duty, where not only the value, but even the nature of the thing lost may be difficult to determine. The application of the principle of compensation in lieu of restitution in such a situation is well illustrated in the only recent decision of this Court on the subject: *Guerin v. The Queen*, *supra*. In *Guerin* this Court rejected the submission that tort principles should govern the assessment of compensation and proceeded on the basis that the plaintiffs were entitled to compensation based on any trust principles.

The plaintiff in *Guerin* was a member of an Indian Band whose lands had been administered by the Crown. The Crown was authorized to enter into a lease on terms which were authorized by the Band. Those terms could not be obtained in negotiation, and the Crown, without consulting the Band, entered into a long-term lease on the Band's behalf on terms less advantageous than those which had been authorized. The Band sued for compensation for breach of a fiduciary duty. At common law in tort or contract, damages would have been limited to the loss reasonably foreseeable or contemplated at the time the lease was made. The trial judge, however, was persuaded to take an "equitable" approach based on the unforeseen escalation of the value of the land in subsequent years, and awarded \$10,000,000. In short, instead of viewing the issue of compensation from the date of the breach as required at common law, he based the damages on the trial date having regard to what had actually happened, as would be the case in an equitable award for restitution (see *Wilson J.* at p. 359.)

Guerin was not concerned with abuse of trust property in the classic trust sense. There were no assets or property which had been misappropriated. The wrong was the failure to adhere to the conditions of surrender and to consult with the Band in accor-

vement bien défini. La question devient plus difficile lorsque le redressement est étendu des fiducies traditionnelles aux manquements à une obligation fiduciaire où non seulement la valeur mais encore la nature de l'article perdu peuvent être difficiles à déterminer. L'application du principe de l'indemnisation au lieu de la restitution en pareil cas est bien illustrée dans le seul arrêt que notre Cour a rendu récemment à ce propos: *Guerin c. La Reine*, précité. Dans l'arrêt *Guerin*, notre Cour a rejeté la thèse selon laquelle les principes applicables en matière de responsabilité délictuelle devraient régir l'évaluation de l'indemnité et elle tenu compte du fait que les demandeurs avaient droit à une indemnité fondée sur les principes du droit des fiducies.

Le demandeur dans l'affaire *Guerin* faisait partie d'une bande indienne dont les terres avaient été administrées par Sa Majesté. Celle-ci a été autorisée à signer un bail aux conditions autorisées par la bande. Ces conditions n'ont pas pu être obtenues lors des négociations et Sa Majesté a, sans consulter la bande, signé un bail à long terme au nom de la bande à des conditions moins avantageuses que celles qui avaient été autorisées. La bande a intenté une action en indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire. Suivant la common law en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle, les dommages-intérêts auraient dû être limités à la perte raisonnablement prévisible ou envisagée au moment de la signature du bail. On a cependant persuadé le juge de première instance d'adopter une approche «fondée sur l'*equity*» et basée sur une augmentation imprévue de la valeur des terres au cours des années subséquentes, et il a accordé la somme 10 000 000 \$. Bref, au lieu de considérer la question de l'indemnisation depuis la date du manquement comme l'exigeait la common law, il a accordé des dommages-intérêts calculés à la date du procès en tenant compte de ce qui était vraiment arrivé, comme ce serait le cas pour une restitution fondée sur l'*equity* (voir le juge *Wilson*, à la p. 359).

L'arrêt *Guerin* ne portait pas sur un usage abusif de biens en fiducie dans le sens classique du mot fiducie. Aucun bien n'avait été détourné. Le tort causé résidait dans l'omission de se conformer aux conditions de la cession et de consulter la bande con-

dance with the Crown's fiduciary duty. Both the judgment of Dickson J. (as he then was) (Beetz, Chouinard and Lamer JJ. concurring), and the judgment of Wilson J. (Ritchie and McIntyre JJ. concurring), held that, notwithstanding that the legal relationship was not a true trust but a fiduciary duty, the appropriate measure of damages was trust damages. Dickson J. put it this way at p. 376:

In my view, the nature of Indian title and the framework of the statutory scheme established for disposing of Indian land places upon the Crown an equitable obligation, enforceable by the courts, to deal with the land for the benefit of the Indians. This obligation does not amount to a trust in the private law sense. It is rather a fiduciary duty. If, however, the Crown breaches this fiduciary duty it will be liable to the Indians in the same way and to the same extent as if such a trust were in effect. [Emphasis added.]

Dickson J. was content to say that damages should be determined "by analogy with the principles of trust law" (at p. 390). The judgment of Wilson J. dealt more extensively with the principles on which compensation was to be calculated. Relying on the personal nature of the breach of a fiduciary obligation and the historical refusal to limit compensation in equity by considerations relevant to tort and contract, she concluded that the underlying goal of compensation for breach of fiduciary duty was to compensate the person who suffered from the breach by analogy to restoration *in specie*, taking into account unforeseen market fluctuations to the date of trial. She quoted with approval (at p. 361) the following passage from *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399, *per Street J.*:

The reasoning which the House of Lords adopted in *Tomkinson's* case proceeds upon the basis that damages at common law are ordinarily not affected by subsequent fluctuations in currency exchange rates any more than ordinarily they are affected by subsequent fluctuations in market values. This reasoning is not available in a claim against a defaulting trustee as his obligation has

formément à l'obligation fiduciaire de Sa Majesté. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) (à l'avis duquel ont souscrit les juges Beetz, Chouinard et Lamer) et le juge Wilson (à l'avis de laquelle ont souscrit les juges Ritchie et McIntyre) ont tous les deux conclu que, même si le rapport juridique constituait non pas une fiducie au sens strict mais une obligation fiduciaire, le montant des dommages-intérêts devait être déterminé à la manière des dommages-intérêts qui seraient accordés en matière de fiducie. Le juge Dickson affirme, à la p. 376:

À mon avis, la nature du titre des Indiens et les modalités prévues par la Loi relativement à l'aliénation de leurs terres imposent à Sa Majesté une obligation d'*equity*, exécutoire en justice, d'utiliser ces terres au profit des Indiens. Cette obligation ne constitue pas une fiducie au sens du droit privé. Il s'agit plutôt d'une obligation de fiduciaire. Si, toutefois, Sa Majesté manque à cette obligation de fiduciaire, elle assumera envers les Indiens exactement la même responsabilité qu'aurait imposée une telle fiducie. [Je souligne.]

Le juge Dickson s'est contenté de dire que le montant des dommages-intérêts devrait être déterminé «par analogie avec les principes du droit des fiducies» (à la p. 390). Dans son jugement, le juge Wilson a examiné plus en détail les principes devant régir le calcul de l'indemnité. En se fondant sur la nature personnelle du manquement à une obligation fiduciaire et sur le refus historique de limiter l'indemnité en *equity* par des considérations pertinentes en matière de responsabilité délictuelle et de droit des contrats, elle a conclu que l'objectif sous-jacent de l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire était d'indemniser la personne qui a subi une perte par suite du manquement par analogie avec la restitution en nature, compte tenu des fluctuations imprévues du marché jusqu'à la date du procès. Elle a cité en l'approuvant (à la p. 361) l'extrait suivant des motifs rendus par le juge Street dans l'affaire *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399:

[TRADUCTION] Le raisonnement adopté par la Chambre des lords dans l'arrêt *Tomkinson* tient pour acquis qu'en common law, ordinairement, ni les fluctuations subséquentes des taux de change ni celles de la valeur marchande n'influent sur les dommages-intérêts. Ce raisonnement ne s'applique pas à une réclamation contre un fiduciaire en défaut parce que son obligation a tou-

always been regarded as tantamount to an obligation to effect restitution in specie; such an obligation must necessarily be measured in the light of market fluctuations since the breach of trust; and in my view it must also necessarily be affected, where relevant, by currency fluctuations since the breach. [Emphasis added.]

Applying the reasoning of restitution, Wilson J. concluded that the Crown in failing to consult the Band and obtain further instructions on the lease had committed a breach of trust. The Crown was required to compensate the Band for the value of what was lost because of the breach, namely, the opportunity to enter into a more favourable arrangement. The value of this lost opportunity was based not on the common law tort or contract measure of what might have reasonably been foreseen at the time, but on the equitable approach of looking at what actually happened to values in later years.

While foreseeability of loss does not enter into the calculation of compensation for breach of fiduciary duty, liability is not unlimited. Just as restitution *in specie* is limited to the property under the trustee's control, so equitable compensation must be limited to loss flowing from the trustee's acts in relation to the interest he undertook to protect. Thus Davidson states "it is imperative to ascertain the loss resulting from breach of the relevant equitable duty" (at p. 354, emphasis added).

The need for a link between the equitable breach and the loss for which compensation is awarded is fair and sound in policy and is supported by *Guerin*. The trial judge in *Guerin* did not measure damages as the difference between the lease which was entered into and that which the Band was prepared to authorize, because the golf club would not have entered into a lease at all on the terms sought by the Band, and it could not therefore be said that the breach had caused the Band to lose the opportunity to enter a lease on the authorized terms. Nor did the trial judge simply assess damages as the difference between the value of

jours été considérée comme équivalant à l'obligation de restituer en nature; une telle obligation doit nécessairement s'évaluer en fonction des fluctuations du marché depuis le manquement aux obligations de fiduciaire; et à mon sens, elle doit nécessairement être modifiée par les fluctuations de monnaie depuis le manquement aux obligations de fiduciaire, s'il y a lieu. [Je souligne.]

En appliquant le raisonnement de la restitution, le juge Wilson a conclu que Sa Majesté, en omettant de consulter la bande pour obtenir d'autres directives au sujet du bail, avait commis un manquement aux obligations du fiduciaire. Sa Majesté était tenue d'indemniser la bande pour la valeur de ce qu'elle avait perdu en raison du manquement, à savoir la possibilité de conclure un arrangement plus favorable. La valeur de cette possibilité perdue était fondée non pas sur le montant qui aurait pu être raisonnablement prévu à l'époque, suivant la common law en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle, mais sur la méthode d'*equity* qui consiste à examiner ce qui est vraiment arrivé aux valeurs au cours des années ultérieures.

Bien que la prévisibilité de la perte n'entre pas dans le calcul de l'indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire, la responsabilité n'est pas illimitée. Tout comme la restitution en nature se limite aux biens sous le contrôle du fiduciaire, l'indemnisation fondée sur l'*equity* doit se limiter à la perte découlant des actes accomplis par le fiduciaire relativement au droit qu'il s'est engagé à protéger. C'est ainsi que Davidson affirme: [TRADUCTION] «il faut absolument déterminer la perte résultant du manquement à l'obligation pertinente imposée par l'*equity*» (à la p. 354, je souligne).

La nécessité d'avoir un lien entre le manquement en *equity* et la perte pour laquelle est accordée l'indemnité est juste et valable en principe et est étayée par l'arrêt *Guerin*. Le juge de première instance, dans l'affaire *Guerin*, n'a pas calculé le montant des dommages-intérêts comme étant la différence entre le bail qui a été signé et ce que la bande était disposée à autoriser, parce que le club de golf aurait refusé de signer le bail aux conditions demandées par la bande, et on ne pouvait donc pas dire que le manquement avait fait perdre à la bande la possibilité de signer un bail aux conditions autorisées. Le juge de première

the lease actually entered into and the amount that the land was worth at the time of trial, which would be the result if causation were irrelevant. Rather he concluded that had there been no breach the Band would have eventually leased the land for residential development. He allowed for the time which would have been required for planning, tenders and negotiation, and he also discounted for the fact that some of the then current value of the surrounding developments was due to the existence of the golf course. In other words, he assessed, as best he could, the value of the actual opportunity lost as a result of the breach.

The requirement that the loss must result from the breach of the relevant equitable duty does not negate the fact that "causality" in the legal sense as limited by foreseeability at the time of breach does not apply in equity. It is in this sense that I read the statement of Street J. in *Re Dawson, supra*, that "causation, foreseeability and remoteness do not readily enter into the matter" (quoted in *Guerin* at p. 360), and the broad language of *Caffrey v. Darby* (1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159 (relied on by Street J.), where in fact a causal link between the breach and the loss was found, the Court stating that had the trustees adhered to their duty "the property would not have been in a situation to sustain that loss" (at p. 404) (appropriation by a third party).

Thus while the loss must flow from the breach of fiduciary duty, it need not be reasonably foreseeable at the time of the breach, as *Guerin* affirms. The considerations applicable in this respect to breach of fiduciary duty are more analogous to deceit than negligence in breach of contract. Just as "it does not lie in the mouth of the fraudulent person to say that they [the losses] could not reasonably have been foreseen", (*Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.), at p. 167, so it does not lie in the mouth of a fiduciary who has assumed the special responsibility of trust to say the loss could not rea-

instance n'a pas non plus évalué le montant des dommages-intérêts comme étant simplement la différence entre la valeur du bail réellement signé et la valeur du terrain au moment du procès, ce qui serait le cas si le lien de causalité n'était pas pertinent. Il a plutôt conclu que, s'il n'y avait pas eu de manquement, la bande aurait éventuellement cédé le terrain à bail à des fins d'aménagement résidentiel. Il a tenu compte du temps qui aurait été requis pour la planification, les appels d'offres et les négociations, et il a également tenu compte du fait qu'une partie de la valeur des aménagements environnants à l'époque était attribuable à l'existence du terrain de golf. En d'autres mots, il a évalué, du mieux qu'il pouvait, la valeur de la possibilité réellement perdue en raison du manquement.

L'exigence que la perte résulte du manquement à l'obligation pertinente imposée par l'*equity* ne vient pas nier le fait que le «lien de causalité» au sens juridique, qui est limité par la prévisibilité au moment du manquement, ne s'applique pas en *equity*. C'est en ce sens que j'interprète la déclaration du juge Street dans l'arrêt *Re Dawson*, précité, selon laquelle [TRADUCTION] «les considérations de causalité, de prévisibilité et d'éloignement du dommage n'entrent pas aisément en ligne de compte» (cité dans *Guerin*, à la p. 360), et les termes généraux de l'arrêt *Caffrey v. Darby* (1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159 (invocqué par le juge Street), où, en fait, on a trouvé un lien de causalité entre le manquement et la perte, la Cour déclarant que, si les fiduciaires s'étaient conformés à leur obligation, [TRADUCTION] «le bien n'aurait pas été susceptible d'être perdu de cette manière» (à la p. 404) (appropriation par un tiers).

Ainsi, bien que la perte doit résulter du manquement à une obligation fiduciaire, elle n'a pas à être raisonnablement prévisible au moment du manquement, comme on l'affirme dans *Guerin*. Les considérations applicables à cet égard au manquement à une obligation fiduciaire sont davantage semblables à celles qui sont applicables au dol qu'à celles qui sont applicables à la négligence dans l'inexécution d'un contrat. Tout comme [TRADUCTION] «il n'appartient pas au fraudeur de dire qu'elles [les pertes] n'auraient pas pu être raisonnablement prévues» (*Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.), à la

sonably have been foreseen. This is sound policy. In negligence we wish to protect reasonable freedom of action of the defendant, and the reasonableness of his or her action may be judged by what consequences can be foreseen. In the case of a breach of fiduciary duty, as in deceit, we do not have to look to the consequences to judge the reasonableness of the actions. A breach of fiduciary duty is a wrong in itself, regardless of whether a loss can be foreseen. Moreover the high duty assumed and the difficulty of detecting such breaches makes it fair and practical to adopt a measure of compensation calculated to ensure that fiduciaries are kept "up to their duty".

Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd. is likewise helpful in considering mitigation. Sachs L.J. stated, "the court must obviously take care not to include sums for consequences which may be due to the plaintiff's own unreasonable actions" (at p. 171). In a similar vein Winn L.J. remarked that:

... no element in the consequential position can be regarded as attributable loss and damage ... in any case where the person deceived has not himself behaved with reasonable prudence, reasonable common sense, or can in any true sense be said to have been the author of his own misfortune. The damage that he seeks to recover must have flowed directly from the fraud perpetrated upon him. (at p. 168)

(It should be noted that while in *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* Lord Denning said that "[t]here is nothing to be taken off in mitigation" this is because "there is nothing more that he could have done to reduce his loss" (at p. 167). In that case the plaintiff was indeed behaving as a reasonable and prudent person in the circumstances.)

The thrust of these *dicta* is that while the plaintiff will not be required to act in as reasonable and pru-

p. 167), il n'appartient pas non plus au fiduciaire qui a assumé la responsabilité particulière de la fiducie de dire que la perte n'aurait pas pu être raisonnablement prévue. C'est là un principe logique. Dans le cas de la négligence, nous voulons protéger une liberté raisonnable d'action du défendeur et il est possible de juger du caractère raisonnable de son action par les conséquences qui sont prévisibles. Dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire, comme dans le cas du dol, nous n'avons pas à examiner les conséquences pour juger du caractère raisonnable des actions. Un manquement à une obligation fiduciaire est un méfait en soi, indépendamment de la question de savoir si une perte est prévisible. De plus, l'obligation importante assumée et la difficulté de déceler ces manquements rendent équitable et pratique l'adoption d'une méthode de calcul de l'indemnité qui assure que les personnes soumises à une obligation fiduciaire restent «à la hauteur de leur tâche».

L'arrêt *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* est également utile pour examiner la limitation du dommage. Le lord juge Sachs dit que [TRADUCTION] «la cour doit évidemment veiller à ne pas inclure des montants pour des conséquences qui peuvent être attribuables aux actions déraisonnables du demandeur lui-même» (à la p. 171). Dans le même esprit, le lord juge Winn fait remarquer:

[TRADUCTION] ... aucun élément de la situation consé- quente ne peut être considéré comme une perte ou un dommage imputables [...] dans le cas où la personne victime de dol n'a pas elle-même fait preuve de prudence et de bon sens raisonnables en agissant, ou dont on peut vraiment dire qu'elle est la cause de son propre malheur. Les dommages-intérêts qu'elle tente de recouvrer doivent résulter directement de la fraude perpétrée à son égard. (à la p. 168)

Il convient de souligner que, bien que, dans l'arrêt *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, lord Denning ait dit que [TRADUCTION] «[r]ien ne doit être supprimé en matière de limitation du dommage», c'est parce qu'«il n'y a rien de plus qu'il aurait pu faire pour réduire sa perte» (à la p. 167). Dans cette affaire, le demandeur s'était conduit, en effet, comme une personne raisonnable et prudente dans les circonstances.

Ces observations incidentes portent essentiellement que, bien que le demandeur ne soit pas tenu

dent a manner as might be required in negligence or contract, losses stemming from the plaintiff's unreasonable actions will be barred. This is also sound policy in the law of fiduciary duty. In negligence and contract the law limits the actions of the parties who are expected to pursue their own best interest. Each is expected to continue to look after their own interests after a breach or tort, and so a duty of mitigation is imposed. In contrast, the hallmark of fiduciary relationship is that the fiduciary, at least within a certain scope, is expected to pursue the best interest of the client. It may not be fair to allow the fiduciary to complain when the client fails forthwith to shoulder the fiduciary's burden. This approach to mitigation accords with the basic rule of equitable compensation that the injured party will be reimbursed for all losses flowing directly from the breach. When the plaintiff, after due notice and opportunity, fails to take the most obvious steps to alleviate his or her losses, then we may rightly say that the plaintiff has been "the author of his own misfortune." At this point the plaintiff's failure to mitigate may become so egregious that it is no longer sensible to say that the losses which followed were caused by the fiduciary's breach. But until that point mitigation will not be required. This said, it must also be emphasized that behaviour by the defendant which is a not unreasonable attempt to make the best of a difficult situation, as in *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* or *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.), will not be penalized.

A related question which must be addressed is the time of assessment of the loss. In this area tort and contract law are of little help. There the general rule is that damages are assessed based on the value of the shares as at the time of the wrongful act, in view of what was then foreseeable, either by a reasonable

d'agir aussi raisonnablement et prudemment qu'il pourrait l'être en matière de négligence ou de contrat, les pertes résultant de ses actes déraisonnables seront exclues. C'est également un principe logique en droit relatif aux obligations fiduciaires. En matières de négligence et de contrat, le droit limite les actions des parties qui sont censées poursuivre leur propre intérêt. Chacun est censé continuer à s'occuper de ses propres intérêts après un manquement ou un délit civil, et il existe ainsi une obligation de limiter le dommage subi. Par contre, le rapport fiduciaire se caractérise par le fait que la personne soumise à une obligation découlant d'un pareil rapport est, au moins dans une certaine mesure, censée veiller au meilleur intérêt du client. Il n'est peut-être pas juste de permettre à la personne soumise à une obligation fiduciaire de se plaindre lorsque le client omet aussitôt d'endosser la charge de cette personne. Cette façon d'aborder la limitation du dommage est conforme à la règle fondamentale de l'indemnisation fondée sur l'*equity*, voulant que la partie lésée soit remboursée de toutes les pertes résultant directement du manquement. Lorsque le demandeur, après avoir reçu un avis en bonne et due forme et avoir eu la possibilité raisonnable de le faire, ne prend pas les mesures qui lui permettront le plus manifestement de limiter ses pertes, nous pouvons alors dire à juste titre qu'il a été [TRADUCTION] «la cause de son propre malheur». À ce point-là, l'omission du demandeur de limiter ses dommages peut devenir insigne au point qu'il n'est plus raisonnable de dire que les pertes qui ont résulté ont été causées par le manquement de la personne à qui il faisait confiance. Mais jusque-là, la limitation du dommage n'est pas requise. Cela dit, il faut aussi souligner que le défendeur ne sera pas pénalisé pour avoir adopté une conduite qui ne constitue pas une tentative déraisonnable de tirer le meilleur parti d'une situation difficile, comme c'était le cas dans l'affaire *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.* ou dans l'affaire *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801 (C.A.).

Une question connexe qu'il nous faut aborder est le moment de l'évaluation de la perte. Dans ce domaine, le droit en matière de responsabilité délictuelle et le droit des contrats ne sont guère utiles. La règle générale veut que les dommages-intérêts soient évalués en fonction de la valeur des actions au

person, or in the particular expectation of the parties. Various exceptions or apparent exceptions are made for items difficult to value, such as shares traded in a limited market. The basis of compensation at equity, by contrast, is the restoration of the actual value of the thing lost through the breach. The foreseeable value of the items is not in issue. As a result, the losses are to be assessed as at the time of trial, using the full benefit of hindsight: *Guerin, supra*.

It may sometimes be necessary to qualify this general principle to recognize the plaintiff's responsibility not to act unreasonably. It may not be fair, for example, to allow a plaintiff who has discovered the breach to speculate at the expense of the fiduciary. If a fiduciary holds out an investment as secure when in reality it is highly speculative, the injured party should not be able to retain the investment in unreasonable hope of a fortuitous rise in value, secure in the knowledge that any loss will be borne by the fiduciary. In such a case, the court might conclude that the loss should be assessed as at the time at which the behaviour of the plaintiff becomes clearly unreasonable. Mitigation, where losses are assessed as at the time of trial but adjusted to account for what might have been saved, will be appropriate where the losses which might have been prevented are separable from the underlying value of the thing lost; for instance, consequential losses. Adjusting the time of assessment will be more appropriate where the actions or omissions of the plaintiff directly affect the value of the thing lost. No doubt the final award will sometimes be the same under either approach.

The requirement that the loss flow from the breach also assists in determining responsibility for the acts of strangers or third parties. If the breach permits a third party to take an unlawful advantage causing loss to the plaintiff, the fiduciary will be liable because there is a causal link between the breach and the loss. This was the case in *Caffrey v. Darby, supra*, where a

moment où a été commis l'acte préjudiciable, compte tenu de ce qui était alors prévisible, soit pour une personne raisonnable soit selon l'attente particulière des parties. Il existe diverses exceptions ou des exceptions manifestes pour les articles difficiles à évaluer, comme les actions vendues sur un marché limité. Par contre, l'indemnisation en *equity* repose sur la restitution de la valeur réelle de l'article perdu à cause du manquement. La valeur prévisible des articles n'est pas en cause. Par conséquent, les pertes doivent être évaluées au moment du procès, en bénéficiant pleinement de la rétrospective: *Guerin*, précité.

Il peut parfois être nécessaire de tempérer ce principe général afin de reconnaître l'obligation qu'a le demandeur de ne pas agir déraisonnablement. Il n'est peut-être pas juste, par exemple, de permettre au demandeur qui a découvert le manquement de spéculer au dépens de la personne soumise à l'obligation fiduciaire. Si cette dernière présente un placement comme étant sûr alors qu'en réalité il est très spéculatif, la partie lésée ne devrait pas pouvoir garder le placement dans l'espoir déraisonnable d'une augmentation imprévue de sa valeur et en ayant la certitude que toute perte sera supportée par la personne à qui elle a fait confiance. En pareil cas, la cour pourrait conclure que la perte devrait être évaluée au moment où le comportement du demandeur devient manifestement déraisonnable. La limitation du dommage, lorsque les pertes sont évaluées au moment du procès mais sont rajustées pour tenir compte de ce qui aurait pu être sauvé, est appropriée lorsque les pertes qui auraient pu être évitées peuvent être séparées de la valeur fondamentale de la chose perdue; par exemple, les pertes indirectes. Le rajustement du moment de l'évaluation est plus approprié lorsque les actions ou les omissions du demandeur influent directement sur la valeur de la chose perdue. Il ne fait pas de doute que le montant finalement accordé sera parfois le même selon l'une ou l'autre méthode.

L'exigence que la perte résulte du manquement aide également à déterminer la responsabilité relative aux actes d'étrangers ou de tiers. Si le manquement permet à un tiers de tirer un avantage illicite qui cause une perte au demandeur, la personne soumise à une obligation fiduciaire sera responsable car il existe un lien de causalité entre le manquement et la perte.

trustee whose neglect permitted another to abscond with trust property was held liable for that loss. Where, on the other hand, the plaintiff suffers loss as a result of the act of a third party after the fiduciary's obligation has terminated and the plaintiff has taken control of the property, the result will be otherwise.

In summary, compensation is an equitable monetary remedy which is available when the equitable remedies of restitution and account are not appropriate. By analogy with restitution, it attempts to restore to the plaintiff what has been lost as a result of the breach; i.e., the plaintiff's lost opportunity. The plaintiff's actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight. Foreseeability is not a concern in assessing compensation, but it is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach. The plaintiff will not be required to mitigate, as the term is used in law, but losses resulting from clearly unreasonable behaviour on the part of the plaintiff will be adjudged to flow from that behaviour, and not from the breach. Where the trustee's breach permits the wrongful or negligent acts of third parties, thus establishing a direct link between the breach and the loss, the resulting loss will be recoverable. Where there is no such link, the loss must be recovered from the third parties.

I come finally to the application of these principles to this case. The breach of fiduciary duty is conceded, as is the fact that the plaintiffs would not have bought an interest in the property and the joint venture had there been no breach. This establishes that the breach of fiduciary resulted in the acquisition of this interest. The question is whether, applying a common sense view of causation, the further losses sustained in the course of construction can be said to have resulted or flowed from the breach of fiduciary duty.

C'était le cas dans l'affaire *Caffrey v. Darby*, précitée, dans laquelle un fiduciaire dont la négligence a permis à une autre personne de s'enfuir avec les biens en fiducie a été tenu responsable de cette perte. Si, par contre, le demandeur subit une perte à la suite de l'acte accompli par un tiers après que l'obligation du fiduciaire a pris fin et que le demandeur a pris le contrôle du bien, il en ira autrement.

En résumé, l'indemnisation est une mesure de redressement pécuniaire fondée sur l'*equity* à laquelle on peut avoir recours lorsque les redressements d'*equity* que sont la restitution et la reddition de comptes ne conviennent pas. Par analogie avec la restitution, elle tente de rendre au demandeur ce qu'il a perdu par suite du manquement, c'est-à-dire la possibilité qu'il a perdue. La perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective. La prévisibilité n'intervient pas dans le calcul de l'indemnité, mais il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement. Le demandeur n'est pas tenu de limiter le dommage, selon l'expression utilisée en droit, mais les pertes résultant d'un comportement manifestement déraisonnable de la part du demandeur seront considérées comme découlant de ce comportement, et non pas du manquement. Lorsque le manquement commis par le fiduciaire permet à des tiers d'accomplir des actes préjudiciables ou négligents, ce qui a ainsi pour effet d'établir un lien direct entre le manquement et la perte, la perte en résultant pourra être recouvrée. Lorsqu'il n'existe aucun lien de ce genre, la perte doit être recouvrée auprès des tiers.

J'arrive enfin à l'application de ces principes au présent pourvoi. Le manquement à l'obligation fiduciaire est admis, de même que le fait que les demanderessees n'auraient pas acquis une participation dans les biens et l'entreprise conjointe s'il n'y avait pas eu manquement. Cela prouve que le manquement à l'obligation fiduciaire a entraîné l'acquisition de cette participation. La question est de savoir si, selon une conception normale du lien de causalité, les autres pertes subies au cours de la construction peuvent être considérées comme ayant résulté du manquement à l'obligation fiduciaire.

In my view, the answer to this question is no. The construction loss was caused by third parties. There is no link between the breach of fiduciary duty and this loss. The solicitor's duty had come to an end and the plaintiffs had assumed control of the property. This loss was the result, not of the solicitor's breach of duty, but of decisions made by the plaintiffs and those they chose to hire. To put in the terms of Wilson J. in *Guerin*, what the plaintiffs lost as a result of the breach of fiduciary duty was the opportunity to say no to acquisition of the property represented by the joint venture. The difference in the price represented by the secret profit, together with expenditures incidental to the acquisition, restores that lost opportunity. Thereafter, recourse does not lie in equity against the solicitor, whose duty and control had ended, but against others. (The trial judge awarded what he termed consequential damages. It is not clear what these consist of and whether they could be said to flow from the breach itself. As the point was not argued, I would not disturb this award.)

This result accords with common sense and policy. If fiduciaries on land transactions who breach their fiduciary duty were responsible not only for losses flowing from the fiduciary breach but for all wrongful acts associated with the property thereafter which cause loss to the plaintiff, they would not only be deterred from breach of duty, but rendered impotent. Insurance rates for solicitors would rise (if insurance could be obtained) and the costs of providing the services would increase accordingly. If such a result were necessary to protect innocent purchasers or deter misconduct, perhaps a case could be made for it. But it is not necessary as a policy of the law. The law gives a plaintiff other remedies. It is fairer that losses arising from construction on the property after the purchase be borne by those who assume responsibility for the construction rather than by the solicitor who acted in the purchase transaction. Where construction is concerned, it is their negligent con-

À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. La perte relative à la construction a été causée par des tiers. Il n'existe pas de lien entre le manquement à l'obligation fiduciaire et cette perte. L'obligation de l'avocat avait pris fin et les demanderessees avaient pris le contrôle des biens. Cette perte résultait non pas du manquement par l'avocat à son obligation mais de décisions prises par les demanderessees et ceux qu'elles ont choisi d'embaucher. Comme le dit le juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*, ce que les demanderessees ont perdu, par suite du manquement à l'obligation fiduciaire, est la possibilité de dire non à l'acquisition des biens représentés par l'entreprise conjointe. La différence de prix représentée par le bénéfice secret, conjuguée aux dépenses accessoires à l'acquisition, compense pour la possibilité perdue. Après cela, il n'y a, en *equity*, aucun recours contre l'avocat dont l'obligation et le contrôle avaient pris fin, mais il en existe un contre d'autres personnes. (Le juge de première instance a accordé ce qu'il a appelé des dommages-intérêts indirects. Il n'est pas clair en quoi ceux-ci consistent et s'ils pourraient être considérés comme résultant du manquement lui-même. Comme ce point n'a pas été débattu, je suis d'avis de ne pas modifier cette indemnité.)

Ce résultat est conforme au bon sens et est valable en principe. Si les personnes qui contreviennent à une obligation fiduciaire, en matière d'opérations immobilières, étaient responsables non seulement des pertes résultant du manquement à leur obligation, mais encore de tous les actes préjudiciables associés aux biens qui entraînent, par la suite, une perte pour le demandeur, elles seraient non seulement dissuadées de commettre un manquement à leur obligation mais elles ne seraient plus en mesure d'agir. Les primes d'assurances applicables aux avocats augmenteraient (à supposer qu'il leur soit encore possible d'obtenir de l'assurance) et les coûts de prestation des services croîtraient en conséquence. S'il fallait en arriver à un tel résultat pour protéger les acheteurs innocents ou dissuader l'inconduite, il serait peut-être possible d'en démontrer le bien-fondé. Mais ce n'est pas nécessaire en tant que principe de droit. Le droit accorde d'autres recours à un demandeur. Il est plus équitable que les pertes résultant de la construction sur le bien-fonds après l'achat soient supportées par ceux qui sont responsables de la construction plutôt

duct—not the solicitor’s—which the law should seek to deter.

For these reasons I would dismiss the appeal.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This case concerns the extent to which a person who has suffered loss from a breach of a fiduciary obligation may recover for that loss from the person who has committed the breach. Specifically, what is the extent of liability of a solicitor who, in handling a real estate transaction, failed to disclose to the purchasers a secret profit made by a third party? Is the solicitor responsible only for losses directly flowing from the breach of duty itself, or is he also liable for loss caused by an intervening act unrelated to that breach, in this case loss caused by subsidence of a building resulting from the fault of engineers and pile-drivers in carrying out the project known by the parties to be the purpose for the acquisition of the property? The purchasers were unable to execute fully upon judgments in an action in negligence against the engineers and pile-drivers for the damage caused by the subsidence. The question here is whether they can recover the shortfall by the present action for breach of fiduciary duty.

Facts

At the outset, it should be noted that the action was commenced as a special case before the British Columbia Supreme Court in which a question of law was put on the basis of an agreed statement of facts. It should also be observed that while there are several respondents, the principal question examined by the courts below was the liability of the solicitor, the respondent Wollen.

que par l’avocat qui a agi dans l’opération d’achat. En ce qui concerne la construction, c’est leur conduite négligente, et non celle de l’avocat, que le droit devrait tenter de prévenir.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il est question en l’espèce de la mesure dans laquelle une personne qui a subi une perte par suite du manquement à une obligation fiduciaire (découlant d’un rapport de confiance) peut se faire dédommager de cette perte par l’auteur du manquement. Plus précisément, il s’agit de déterminer le degré de responsabilité d’un avocat qui, en s’occupant d’une transaction immobilière, a omis de révéler aux acquéreurs un bénéfice secret réalisé par un tiers. La responsabilité de l’avocat se limite-t-elle aux pertes découlant directement du manquement lui-même ou s’étend-elle également à la perte occasionnée par un acte intermédiaire étranger à ce manquement, en l’occurrence la perte résultant de l’effondrement d’un immeuble causé par la faute d’ingénieurs et d’une entreprise de battage de pieux dans l’exécution d’un projet qui, à la connaissance des parties, constituait le but de l’acquisition du bien-fonds? Les acquéreurs n’ont pu obtenir l’exécution intégrale des jugements rendus dans le cadre d’une action pour négligence intentée contre les ingénieurs et l’entreprise de battage de pieux par suite du dommage causé par l’effondrement. La question qui se pose en l’espèce est de savoir s’ils peuvent, au moyen de la présente action pour manquement à une obligation fiduciaire, obtenir le solde impayé.

Les faits

Notons au départ que l’action a été engagée par voie d’exposé de cause saisissant la Cour suprême de la Colombie-Britannique d’une question de droit formulée en fonction d’un exposé conjoint des faits. À souligner également: bien qu’il y ait plusieurs intimés, la question principale étudiée par les tribunaux d’instance inférieure concernait la responsabilité de l’avocat, c’est-à-dire de l’intimé Wollen.

The facts are as follows. In May, 1977, on the proposal of the respondent Treit, the appellants, Canson Enterprises Ltd. and Fealty Enterprises Ltd., and the respondent, Peregrine Ventures Inc., agreed to purchase a piece of property and to enter a joint venture to develop it. The purchasers agreed to pay Treit a commission of 15 percent of any profit on resale. Unknown to Canson and Fealty, but known to Peregrine, Treit had arranged for an intermediate company, Sun-Mark Development Corporation, to share in the profit from the sale, a profit from which Treit would share equally. This profit came about because Sun-Mark had entered an interim agreement to buy the land from the vendors, Mr. and Mrs. Henderson, for \$410,000. The price paid by the purchasers was \$525,000, so the secret profit to Peregrine and Treit from the "flip" was \$115,000. According to the agreed facts, the appellant purchasers, Canson and Fealty, would not have purchased the property or entered into the joint venture had they known of the interim agreement with Sun-Mark.

The alleged breach of fiduciary duty arose out of the following circumstances. The solicitor, Wollen, of the defendant law firm, Boughton & Co., acted for the purchasers in the preparation of the conveyance and joint venture agreement. He also acted for Sun-Mark in its purchase and resale of the property, but did not disclose to the appellant purchasers that the property was not being purchased directly from the Hendersons. Furthermore, Wollen prepared the statement of adjustments for the vendors (the Hendersons) showing the sale price to be \$410,000, and also prepared the statement of adjustments for the purchasers (the appellants and Peregrine) showing the price to be \$525,000 and the vendors to be the Hendersons. Therefore, this statement of adjustments did not disclose Sun-Mark's interest. Wollen paid over the \$115,000 secret profit to Sun-Mark and did not disclose this payment to the appellants. Although the conveyance he prepared transferred the property directly from the Hendersons to the appellants and Peregrine, Wollen did not apportion the land title fees or the conveyancing fees between Sun-Mark and the

Voici les faits. En mai 1977, à l'invitation de l'intimé Treit, les appelantes, Canson Enterprises Ltd. et Fealty Enterprises Ltd., et l'intimée Peregrine Ventures Inc. ont convenu d'acheter un terrain et d'entreprendre conjointement son aménagement. Les acquéreurs ont accepté de verser à Treit une commission de 15 pour 100 sur tout bénéfice réalisé lors de la revente. À l'insu de Canson et de Fealty, mais non de Peregrine, Treit s'était arrangé pour qu'une société intermédiaire, Sun-Mark Development Corporation, partage le bénéfice provenant de la vente, bénéfice dont Treit recevrait une part égale. Ce bénéfice venait de ce que Sun-Mark avait conclu une entente intermédiaire prévoyant l'achat du bien-fonds aux vendeurs, M. et M^{me} Henderson, au prix de 410 000 \$. Comme les acquéreurs ont payé 525 000 \$, le bénéfice secret que cette opération d'achat et de revente successifs a rapporté à Peregrine et à Treit était de 115 000 \$. D'après l'exposé conjoint des faits, les acquéreurs appelants, Canson et Fealty, n'auraient pas fait l'acquisition du bien-fonds ni ne se seraient lancées dans l'entreprise conjointe si elles avaient été au courant de l'entente intermédiaire avec Sun-Mark.

Le manquement à l'obligation fiduciaire aurait eu lieu dans les circonstances suivantes. L'avocat, Wollen, qui faisait partie du cabinet juridique défendeur, Boughton & Co., a agi pour le compte des acquéreurs dans la préparation de l'acte translatif de propriété et du contrat d'entreprise conjointe. Il a en outre représenté Sun-Mark dans l'achat et la revente du bien-fonds, mais il n'a pas révélé aux acquéreurs appelants qu'elles n'achetaient pas le terrain directement aux Henderson. De plus, Wollen a dressé l'état des rajustements pour les vendeurs (les Henderson), sur lequel figurait un prix d'achat de 410 000 \$. Il a également établi l'état des rajustements pour les acquéreurs (les appelantes et Peregrine), sur lequel le prix indiqué était de 525 000 \$ et les Henderson étaient inscrits comme vendeurs. Ce dernier document ne révélait donc pas l'intérêt de Sun-Mark. Wollen a remis à Sun-Mark le bénéfice secret de 115 000 \$, sans en informer les appelantes. Quoique l'acte translatif de propriété qu'il a dressé ait effectué la cession directe du bien-fonds par les Henderson aux appelantes et Peregrine, Wollen n'a réparti ni les frais d'enregistrement des droits immobiliers ni les frais de préparation de l'acte translatif de propriété entre Sun-Mark

appellants but rather rendered a bill to the appellants and Peregrine for the entire amount of his services.

Following the purchase, the appellants proceeded with a warehouse development on the property, but suffered substantial losses when piles supporting a warehouse constructed on the property began to sink, causing extensive damage to the building. The appellants then brought action in the British Columbia County Court against the soils engineers and a pile-driving company retained by the purchasers for the damage to the warehouse. At trial, the soils engineers were found negligent in failing to detect a layer of peat in the soil, and damages of \$4,920,200.33 were awarded against them. On appeal, the pile-driving company was also found liable in damages for breach of contract. As a result of the inability of the pile-driving company to pay, the matter was settled for a sum less than that awarded at trial. The engineering firm was unable to pay any part of the damage award, and the mortgage company, from which the appellants and Peregrine had borrowed funds, ultimately foreclosed on the property. The appellants and Peregrine received the proceeds of the settlement of the lawsuit, but were left with a shortfall of \$801,290 for Canson and \$280,000 for Fealty.

The appellants then commenced the present action against the respondent solicitor and his law firm for the amount of the shortfall, alleging that the failure to disclose the secret profits was actionable as deceit or breach of fiduciary duty. As indicated above, the action was brought as a special case pursuant to Rule 33 of the *British Columbia Supreme Court Rules*, 1976 on the basis of an agreed statement of facts. The sole issue before the court was whether and what damages were recoverable from the defendants (respondents), assuming the facts in the agreed statement were true.

et les appelantes, mais a plutôt facturé aux appelantes et à Peregrine la totalité de ses services.

À la suite de l'achat, les appelantes ont procédé à la construction d'un entrepôt sur le terrain. Elles ont toutefois essuyé d'importantes pertes quand des pieux de fondation soutenant l'entrepôt se sont mis à s'affaisser, causant de lourds dommages à l'immeuble. Les appelantes ont alors intenté contre les ingénieurs des sols et une entreprise de battage de pieux, dont les acquéreurs avaient retenu les services, une action en Cour de comté de la Colombie-Britannique pour les dommages causés à l'entrepôt. En première instance, la cour a jugé que les ingénieurs des sols avaient fait preuve de négligence en ne détectant pas une couche de tourbe dans le sol et ils ont été condamnés à verser 4 920 200,33 \$ de dommages-intérêts. En appel, on a jugé que l'entreprise de battage de pieux était également tenue de verser des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. En raison de l'impossibilité de payer dans laquelle se trouvait l'entreprise de battage de pieux, les parties se sont entendues sur le paiement d'une somme inférieure à celle accordée au procès. Quant au cabinet d'ingénieurs, il n'a rien pu payer des dommages-intérêts auxquels il avait été condamné et la société de prêts hypothécaires qui avait avancé des fonds aux appelantes et à Peregrine a finalement saisi le bien hypothéqué. Les appelantes et Peregrine ont touché le produit du règlement du litige, mais il restait un solde impayé de 801 290 \$ dans le cas de Canson et de 280 000\$ dans celui de Fealty.

Les appelantes ont ensuite intenté, contre l'avocat intimé et le cabinet auquel il appartenait, la présente action en recouvrement du solde impayé. Elles faisaient valoir que l'omission de divulguer le bénéfice secret donnait lieu à une action pour dol ou pour manquement à une obligation fiduciaire. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, l'action a été engagée par voie d'exposé de cause conformément à l'art. 33 des *British Columbia Rules of Court* de 1976, sur la base d'un exposé conjoint des faits. Les seules questions soumises à la cour étaient de savoir, à supposer que les faits énoncés dans l'exposé conjoint étaient exacts, si les défendeurs (intimés) pouvaient être condamnés à verser des dommages-intérêts et, dans l'affirmative, quel pourrait en être le montant.

Judicial History

Supreme Court of British Columbia (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 46

The case came before Macdonell J. of the Supreme Court of British Columbia in chambers. He found the solicitor Wollen was not liable in deceit but liable for breach of fiduciary duty. The judge then went on to consider the issue of damages. Up to the decision of this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, he noted, the leading case in British Columbia on the fiduciary duty of solicitors was *Jacks v. Davis* (1980), 12 C.C.L.T. 298 (B.C.S.C.), aff'd [1983] 1 W.W.R. 327 (B.C.C.A.). In *Jacks*, a solicitor was found liable in damages for breach of fiduciary duty for failing to reveal secret profits made by an intermediate party in the sale and purchase of an apartment block which he handled. In assessing damages at trial, Anderson J. had held that the measure of damages for breach of fiduciary duty is the same as in a claim for damages in fraud. Thus, a defendant would be liable for all losses suffered by the plaintiff, subject to the limitations of mitigation, remoteness and intervening factors. On the appeal from that case, Hinkson J.A., speaking for the British Columbia Court of Appeal, had upheld the quantum of damages ascertained at trial, but on the basis that these damages corresponded to the difference between the purchase price and the actual value of the property at the date of the purchase. Hinkson J.A. specifically stated that mitigation and remoteness need not enter into the assessment of damages.

Macdonell J. concluded that *Jacks* remained the leading case in British Columbia and was not affected by *Guerin*. The latter case, he held, was not applicable because the Crown in its fiduciary capacity was there holding property for the benefit of the

L'historique des procédures judiciaires

Cour suprême de la Colombie-Britannique (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 46

^a L'affaire a été entendue en chambre par le juge Macdonell de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Il a conclu que l'avocat Wollen n'avait pas commis de dol mais qu'il avait manqué à une obligation fiduciaire. Le juge s'est alors penché sur la question des dommages-intérêts. Jusqu'à ce que notre Cour se prononce dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, a-t-il fait remarquer, la décision de principe en Colombie-Britannique sur la question de l'obligation fiduciaire des avocats était *Jacks v. Davis* (1980), 12 C.C.L.T. 298 (C.S.C.-B.), conf. par [1983] 1 W.W.R. 327 (C.A.C.-B.). Dans l'affaire *Jacks*, un avocat a été condamné au versement de dommages-intérêts pour avoir manqué à une obligation fiduciaire en ne révélant pas les bénéfices secrets réalisés par une partie intermédiaire dans le cadre de la vente d'un immeuble d'habitation, dont il s'était occupé. En évaluant en première instance le montant des dommages-intérêts, le juge Anderson avait décidé que les dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire se calculent de la même façon que dans le cas d'une action en dommage-intérêts pour fraude. Ainsi, un défendeur serait-il responsable de toutes les pertes subies par le demandeur, sous réserve des restrictions imposées par la limitation du dommage, par le principe de l'éloignement du dommage et par l'existence de facteurs intermédiaires. Cette décision a été portée en appel et le juge ^g Hinkson, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a maintenu le montant des dommages-intérêts fixé au procès, mais, cette fois, pour le motif que ces dommages-intérêts correspon- ^h daient à la différence entre le prix d'achat et la valeur réelle du bien-fonds à la date de son acquisition. Le juge Hinkson a précisé qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte de la limitation du dommage et de son éloignement pour évaluer le montant des dommages- ⁱ intérêts.

Le juge Macdonell a conclu que la décision *Jacks* demeurait la décision de principe en Colombie-Britannique et que l'arrêt *Guerin* ne changeait rien à cet état de choses. Il a jugé celui-ci inapplicable parce qu'il s'agissait là d'un cas où Sa Majesté, en tant

Indian Band, and thus was more like a trustee than the solicitor in the case at bar. Moreover, the facts of *Guerin* were such that the issue of intervening acts and their impact on damages was not raised.

Macdonell J. concluded that the damages were not limited to the amount of the secret profit, and that the appellants were entitled to consequential damages limited by intervening factors. It is apparent that the chambers judge followed the trial level decision in *Jacks*. He held that the appellants were entitled to direct damages represented by the difference between the purchase price and the value of the property, which is equivalent to the amount of the secret profit, as well as unspecified consequential damages represented by expenses incurred on the warehouse project prior to the wrongful acts of the engineers and pile-drivers.

Finally, Macdonell J. held that all of the respondents were parties to concealing the secret profit and thus had breached their fiduciary duties and were accordingly liable in damages along with the solicitor and his firm. Additionally, Treit had committed the tort of deceit.

Court of Appeal (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 177

The Court of Appeal dismissed the appeal. Hutchison J.A., with whom Carrothers and Lambert J.J.A. agreed, stated that the *Guerin* decision was clear authority for the proposition that a fiduciary who mishandles trust property and causes a loss is liable in damages to be calculated by analogy to trust law. In trust law, the measure of damages is not affected by considerations of foreseeability or remoteness. Therefore, if *Guerin* was applicable, the *Jacks* decision would no longer be good law in British Columbia. However, Hutchison J.A. agreed with the chambers judge that *Guerin* was distinguishable in that it is limited to trust-like situations, i.e., situations where the fiduciary is holding the property beneficially for

qu'entité soumise à une obligation fiduciaire, détenait des terres au profit d'une bande indienne et, en conséquence, avait davantage la qualité d'un fiduciaire (*trustee*) que l'avocat en l'espèce. De plus, les faits de l'affaire *Guerin* étaient tels que la question des actes intermédiaires et de leurs répercussions sur les dommages-intérêts n'a pas été soulevée.

D'après le juge Macdonell, les dommages-intérêts ne se limitaient pas au montant du bénéfice secret et les appelantes avaient le droit d'être indemnisées des dommages indirects, sous réserve des facteurs intermédiaires. Il appert que le juge en chambre a suivi la décision de première instance dans l'affaire *Jacks*. Il a statué en effet que les appelantes avaient droit, à titre d'indemnisation pour les dommages directs, à un montant représenté par la différence entre le prix d'achat et la valeur du bien-fonds, soit l'équivalent du montant du bénéfice secret, ainsi qu'à un montant indéterminé à titre d'indemnisation pour les dommages indirects représentés par les dépenses engagées relativement au projet de construction de l'entrepôt antérieurement aux actes fautifs des ingénieurs et de l'entreprise de battage de pieux.

Enfin, le juge Macdonell a décidé que tous les intimés avaient participé à la dissimulation du bénéfice secret et avaient ainsi manqué à leurs obligations fiduciaires. Ils étaient donc tenus de verser des dommages-intérêts au même titre que l'avocat et son cabinet. Treit, pour sa part, avait commis en outre le délit civil de dol.

Cour d'appel (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 177

La Cour d'appel a rejeté l'appel. Le juge Hutchison, à l'avis duquel ont souscrit les juges Carrothers et Lambert, a dit que l'arrêt *Guerin* établissait clairement qu'une personne soumise à une obligation fiduciaire (*fiduciary*), qui gère mal des biens en fiducie et qui cause de ce fait une perte, est tenue au paiement de dommages-intérêts à calculer par analogie avec le droit des fiducies. Or, en droit des fiducies, le calcul des dommages-intérêts ne tient aucunement aux considérations de prévisibilité ou d'éloignement du dommage. À supposer donc que l'arrêt *Guerin* soit applicable, la décision *Jacks* ne ferait plus jurisprudence en Colombie-Britannique. Toutefois, à l'instance du juge en chambre, le juge Hutchison a estimé

another. Since the solicitor in the present case was not holding the property for the appellants, *Guerin* did not apply. Instead, Hutcheon J.A. purported to apply *Jacks* and held, at p. 186, that the shortfall was not recoverable, because such damages did not flow from the breach of the fiduciary obligation, but “were the result of unrelated and entirely independent problems in the construction of the warehouse, caused by the fault of the soils engineer and pile-driving contractor”. In his view, “the consideration of remoteness applies to the breach of fiduciary duty alleged in this case”.

Lambert J.A. agreed with Hutcheon J.A.’s reasons but went on to give reasons of his own. He was of the view that *Guerin* did not establish a single new remedy applicable to every case that is categorized as a breach of fiduciary duty. In *Guerin*, the remedy was linked to the proprietary aspect of the case, and the nature of the fiduciary relationship was *sui generis* because of the unique nature of the relationship between the parties. Since the case at bar did not involve trust property or a trust obligation, *Guerin*, he held, was not applicable.

Lambert J.A. emphasized that the remedy for breach of fiduciary duty cannot be established on the basis of a body of rigid rules, at p. 182:

The rubric “breach of fiduciary duty” has come to encompass so many different types of liability that it is not now possible to determine the appropriate remedy by defining the wrong simply as a “breach of fiduciary duty”. It is necessary, instead, to look through the categorization of the wrong as a “breach of fiduciary duty” to the true nature of the wrong, and to move from there to the determination of the remedy. The nature of the wrong and the nature of the loss, not the nature of the cause of action, will dictate the scope of the remedy.

que l’arrêt *Guerin* pouvait être distingué car il ne s’applique qu’aux cas analogues à des fiducies, c.-à-d. aux situations où la personne soumise à une obligation fiduciaire détient les biens au profit d’autrui. Comme l’avocat en l’espèce ne détenait pas le bien-fonds au profit des appelantes, l’arrêt *Guerin* était inapplicable. Disant plutôt appliquer la décision *Jacks*, le juge Hutcheon a rejeté, à la p. 186, la demande des appelants visant à obtenir le solde impayé pour le motif qu’il s’agissait d’un dommage qui ne découlait pas du manquement à l’obligation fiduciaire, mais qui [TRADUCTION] «résultait de difficultés non reliées et tout à fait indépendantes éprouvées dans la construction de l’entrepôt, lesquelles étaient imputables à la faute de l’ingénieur des sols et de l’entreprise de battage de pieux». Selon lui, [TRADUCTION] «l’éloignement du dommage joue dans le cas du manquement à une obligation fiduciaire qui aurait été commis en l’espèce».

Le juge Lambert, quoique souscrivant aux motifs du juge Hutcheon, a néanmoins rédigé ses propres motifs. À son avis, l’arrêt *Guerin* ne venait pas établir un nouveau redressement unique applicable à tous les cas de manquement à une obligation fiduciaire. Dans l’arrêt *Guerin*, le redressement était lié au contrôle exercé par le fiduciaire sur la propriété et la nature des rapports fiduciaires était *sui generis* en raison de la nature exceptionnelle des rapports entre les parties. Comme il ne s’agit en l’espèce ni de biens en fiducie ni d’une obligation fiduciaire, a conclu le juge Lambert, l’arrêt *Guerin* est inapplicable.

Le juge Lambert a souligné que le redressement pour le manquement à une obligation fiduciaire ne saurait être établi en fonction d’un ensemble de règles rigides, à la p. 182:

[TRADUCTION] L’expression «manquement à une obligation fiduciaire» en est venue à englober tant de types différents de responsabilité qu’il n’est plus possible de déterminer le redressement approprié en définissant la faute comme un simple «manquement à une obligation fiduciaire». Plutôt que de se borner à la qualifier de «manquement à une obligation fiduciaire», il faut rechercher la nature véritable de la faute pour ensuite déterminer le redressement. C’est à la nature de la faute et à la nature de la perte, et non pas à la nature de la cause d’action, que tiendra la portée du redressement.

In support of this approach, he referred to the decision of this Court in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574.

After stating that the court was bound by *Jacks*, Lambert J.A. went on to find that he would have reached the same result in any event. He disposed of the case as follows, at pp. 182-83:

My understanding of the effect of the fusion of law and equity is not simply that both systems are administered together by a single structure of courts, but that common law remedies may be awarded for what were purely equitable wrongs, and vice versa, and, in addition, that remedies which have aspects of both systems may be awarded for wrongs that have aspects of both systems. . . .

The leading case on a solicitor's breach of fiduciary duty is *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932. In that case the House of Lords was content to let the damages that had been awarded for common law actual fraud stand as the relief that should be awarded for breach of fiduciary duty constituting equitable fraud. That result was carried forward by this court in its judgement in *Jacks v. Davis*. In consequence, the award of damages by Mr. Justice Macdonell in this case rests not on common law principles and not on equitable principles but on the fused amalgam of those principles. That fusion has produced what this court, in *Jacks v. Davis*, decided was the appropriate remedy for a solicitor's failure to disclose material facts about a secret profit that was not retained by the solicitor. The remedy is damages equal to the amount by which the price paid exceeded the actual value, plus damages equal to consequential losses that are not too remote, with remoteness determined by a common sense view of the strength of causation and not by considerations of foreseeability or what the parties contemplated. In this case the intervening negligent acts put an end to the consequential losses.

The appellants now appeal to this Court.

Il a mentionné, à l'appui de ce point de vue, notre arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574.

Après avoir affirmé que la cour était liée par la décision *Jacks*, le juge Lambert a ajouté qu'en tout état de cause sa conclusion aurait été identique. Il a tranché l'appel de la manière suivante, aux pp. 182 et 183:

[TRADUCTION] Selon moi, la fusion de la common law et de l'*equity* a pour résultat, non pas simplement que les deux systèmes sont administrés ensemble par un seul appareil judiciaire, mais que des redressements de common law peuvent être accordés pour des fautes relevant exclusivement de l'*equity*, et vice versa. En outre, des redressements qui, sous certains aspects, relèvent des deux systèmes, peuvent être accordés pour des fautes relevant, sous certains aspects, des deux systèmes. . .

L'arrêt de principe relativement au manquement par un avocat à une obligation fiduciaire a été rendu dans l'affaire *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932. Dans cette affaire, la Chambre des lords s'est contentée de permettre que les dommages-intérêts accordés pour une fraude réelle en common law servent également de redressement pour un manquement à une obligation fiduciaire constituant une fraude en *equity*. Cette conclusion a été adoptée par notre cour dans son arrêt *Jacks v. Davis*. Par conséquent, l'attribution de dommages-intérêts par le juge Macdonell, en l'espèce, ne repose ni sur des principes de common law ni sur des principes d'*equity*, mais sur l'ensemble de principes résultant de leur fusion. De cette fusion se dégage, d'après ce qu'a décidé notre cour dans l'arrêt *Jacks v. Davis*, le redressement approprié dans le cas de l'omission par un avocat de divulguer des faits pertinents au sujet d'un bénéfice secret qu'il n'a pas touché lui-même. Ce redressement revêt la forme de dommages-intérêts égaux au montant par lequel le prix d'achat dépasse la valeur réelle, plus des dommages-intérêts égaux aux pertes indirectes, pourvu qu'elles ne soient pas trop indirectes, le caractère indirect étant à déterminer en appréciant à la lumière du bon sens la force du lien causal et non pas en tenant compte de la prévisibilité ou de ce qu'ont pu envisager les parties. En l'espèce, les actes négligents intermédiaires mis fin aux pertes indirectes.

Les appelantes se pourvoient maintenant devant notre Cour.

The Arguments*The Appellants' Arguments*

The task before this Court, the appellants noted, is to determine the proper measure of restitution for breach of fiduciary duty in the present case. If the action was one founded on breach of contract, it would be necessary to consider whether the damages suffered were within the reasonable contemplation of the parties. If the action was founded in negligence, it would be proper to apply principles of remoteness, foreseeability and intervening cause. And if the action was one for deceit or fraud, not only foreseeable but unforeseeable damages flowing from the deceit would be awarded, stopping, however, where the chain of causation was broken; see *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.); *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.*, [1990] 3 W.W.R. 413, at p. 426 (B.C.C.A.), aff'd by this Court, [1991] 3 S.C.R. 3. If the action were brought on any of these bases, then, the appellants could not recover for the very substantial damages that arose from the actions of the engineering firm and the pile-driving company.

The appellants do not, however, seek damages at common law. Rather, they seek compensation in equity for breach of fiduciary duty. Where concurrent liability lies in tort and contract and in equity, the appellants may sue in whatever manner they find most advantageous; see *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 206; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92, at pp. 95-96 (Ch.).

And here, the appellants say, there is a distinct advantage to their relying on fiduciary duty. Where such equitable compensation for breach of a fiduciary duty, as distinct from common law damages, is sought, they argue, concepts of remoteness, intervening cause and foreseeability have no relevance. A court of equity in exercising its jurisdiction to compensate for loss suffered by a plaintiff as a result of breach of a fiduciary relation is engaged in a process

Les arguments*Les arguments des appelantes*

La tâche de notre Cour, ont fait remarquer les appelantes, consiste à déterminer la mesure de restitution qu'il convient d'accorder par suite du manquement à une obligation fiduciaire commis en l'espèce. S'il s'agissait d'une action fondée sur l'inexécution d'un contrat, il nous faudrait examiner si les parties pouvaient raisonnablement envisager les dommages subis. S'il s'agissait d'une action pour négligence, il y aurait lieu d'appliquer les principes de l'éloignement du dommage, de la prévisibilité et de la cause intermédiaire. Et dans l'hypothèse d'une action pour dol ou pour fraude, une indemnité serait accordée non seulement pour les dommages prévisibles, mais aussi pour les dommages imprévisibles découlant du dol, et ce, jusqu'à ce que soit rompue la chaîne de la causalité; voir *Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 158 (C.A.); *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.*, [1990] 3 W.W.R. 413, à la p. 426 (C.A.C.-B.), conf. par notre Cour, [1991] 3 R.C.S. 3. Si l'action avait été intentée pour l'un quelconque de ces motifs, il aurait alors été impossible aux appelantes de se faire dédommager du préjudice considérable résultant des actes du cabinet d'ingénieurs et de l'entreprise de battage de pieux.

Les appelantes ne réclament cependant pas de dommages-intérêts en common law. Elles demandent plutôt une indemnisation en *equity* pour le manquement à une obligation fiduciaire. Lorsqu'il y a responsabilité concurrente en matières délictuelle et contractuelle et en *equity*, il est permis aux appelants d'intenter l'action qu'ils jugent la plus avantageuse; voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, à la p. 206; *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2)*, [1980] 2 All E.R. 92, aux pp. 95 et 96 (Ch.).

Et en l'espèce, les appelantes affirment qu'elles ont nettement intérêt à invoquer l'obligation fiduciaire. Selon elles, quand on demande l'indemnisation en *equity* pour manquement à une obligation fiduciaire, par opposition à des dommages-intérêts en common law, les concepts de l'éloignement, de la cause intermédiaire et de la prévisibilité n'ont aucune pertinence. Un tribunal d'*equity*, en exerçant sa compétence pour indemniser un demandeur d'une perte

of restitution. It seeks to put the plaintiff in as good a position as he or she would have been had the breach not occurred, citing *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (P.C.), aff'd [1933] S.C.R. 257. Equity could order fiduciaries to replace property improperly acquired or to make compensation for property lost. The appellants advance the position that there is no difference between the approach that should be taken to trust situations and a breach of a fiduciary duty of the kind that occurred in the present case.

The appellants draw comfort from this Court's decision in *Guerin*. In *Guerin*, the Crown had accepted a surrender from the plaintiff Indians of their aboriginal title to land on the understanding that the land would be leased to a golf club on certain specified conditions. In fact, the Crown leased it on another basis and so acted contrary to its obligation by statute and common law to deal fairly with the Indians. Three of the judges agreed (*per* Wilson J.) that on surrender the relationship of the Crown became that of a full fledged trustee, but four (*per* Dickson J.) were of the view that the relationship of the Crown to the Indians was not that of a full fledged trustee in equity but was a *sui generis* relationship; it was a fiduciary relation akin to a trust. The remaining judge, Estey J., arrived at his conclusion independently on the basis of an agency relationship, a view not directly relevant here. Despite their divergencies regarding the nature of the relationship between the Crown and the Indians, all the judges were agreed that the compensation to the Indians should be calculated on the same basis as a breach of trust. What the Court sought to do was to place the Indians, so far as money could do it, in the same position as they would have been but for the breach of the Crown's obligation to the Indians. The appellants argue that the same approach should be adopted here. In the present case, the fiduciary, by failing to disclose facts which he had a duty to disclose, caused the appellants to embark on a financially disastrous

qu'il a subie par suite de la violation d'un rapport fiduciaire, se livre en fait à un processus de restitution. Il cherche à mettre le demandeur dans une situation aussi avantageuse que celle où il se serait trouvé n'eût été la violation; voir *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (C.P.), conf. [1933] R.C.S. 257. L'*equity* permettait d'ordonner à des personnes soumises à une obligation fiduciaire de remplacer les biens irrégulièrement acquis ou d'effectuer un dédommagement pour les biens perdus. Or, les appelantes font valoir qu'il n'y a pas de différence entre l'approche à adopter dans le cas d'une fiducie et celle à adopter dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire du genre commis en l'espèce.

Les appelantes s'appuient sur l'arrêt *Guerin* de notre Cour. Dans l'affaire *Guerin*, Sa Majesté avait accepté la cession par les Indiens demandeurs de leur droit de propriété ancestral sur certaines terres, étant entendu que ces terres seraient louées à un club de golf selon des modalités déterminées. En fait, Sa Majesté a consenti un bail comportant des dispositions différentes et a donc manqué à l'obligation que lui imposaient la loi et la common law d'agir équitablement envers les Indiens. Trois juges (motifs rédigés par le juge Wilson) ont estimé que, dès la cession, le rapport entretenu par Sa Majesté devenait celui d'un fiduciaire à part entière, tandis que quatre (motifs rédigés par le juge Dickson) étaient d'avis que le rapport qui existait entre Sa Majesté et les Indiens était non pas celui d'un fiduciaire à part entière en *equity*, mais bien un rapport *sui generis*: il s'agissait en réalité d'un rapport fiduciaire s'apparentant à une fiducie. Quant au juge Estey, il a fait cavalier seul, concluant à l'existence d'un mandat, point de vue qui n'est pas directement pertinent en l'espèce. En dépit de leurs divergences d'opinions concernant la nature du rapport entre Sa Majesté et les Indiens, tous les juges ont été d'accord pour dire que le dédommagement des Indiens devait se calculer de la même façon que dans le cas d'un manquement aux obligations du fiduciaire. La Cour s'est donc efforcée de mettre les Indiens, dans la mesure où l'argent permettait de le faire, dans la situation où ils se seraient trouvés n'eût été le manquement par Sa Majesté à son obligation envers eux. D'après les appelantes, c'est cette même approche qu'il faudrait adopter en l'es-

venture which they would not have undertaken but for the failure of the fiduciary to reveal the truth.

The courts below, the appellants contend, fell "into error because of a misplaced concern with concepts of common sense and reasonableness", thus ignoring the long established principle of equity that a fiduciary in breach must make good any loss incurred by the beneficiary. They maintain that the Court of Appeal erred in making a distinction between fiduciaries who hold property and fiduciaries who simply owe a duty of good faith and disclosure. According to the appellants, no such distinction was maintained by this Court in *Guerin*, and the same remedy applies against a faithless fiduciary as would apply against a trustee. Thus, equity will require restitution of the whole of the loss which occurred as a result of the breach of fiduciary duty, regardless of considerations of remoteness. The underlying reason for equity's approach was the need to compel fiduciaries to comply with strict standards of good faith and avoidance of conflicts of interests in the performance of their duties; see *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at p. 610. It would follow from what has been said that the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Jacks v. Davis*, *supra*, which held that the measure of damages for breach of fiduciary duty is the same as the measure of damages for fraud, was wrongly decided.

The appellants also take issue with the view of Lambert J.A. that "remedies which have aspects of both systems may be awarded for wrongs that have aspects of both systems" (at p. 182). Law and equity, they maintain, have not become fused but are separate systems with their own informing principles. Thus the Court of Chancery could not entertain a suit

pèce. Ici, la personne soumise à une obligation fiduciaire a, par son omission de révéler des faits qu'elle était tenue de révéler, amené les appelantes à se lancer dans une entreprise financièrement désastreuse et dans laquelle elles ne se seraient jamais aventurées n'eût été l'omission de cette personne de leur dire la vérité.

Les tribunaux d'instance inférieure, soutiennent les appelantes, ont commis [TRADUCTION] «une erreur en insistant à tort sur les concepts du bon sens et du caractère raisonnable» et en faisant ainsi abstraction du principe d'*equity* bien établi voulant qu'une personne soumise à une obligation fiduciaire qui manque à cette obligation soit tenue de compenser toute perte subie par le bénéficiaire. Elles prétendent que c'est à tort que la Cour d'appel a fait une distinction entre les personnes soumises à une obligation fiduciaire qui détiennent des biens et celles qui n'ont qu'une obligation de bonne foi et de divulgation. Selon les appelantes, notre Cour n'a fait aucune distinction de ce genre dans l'arrêt *Guerin* et le redressement est identique, qu'il s'agisse d'une personne soumise à une obligation fiduciaire qui agit perfidement ou d'un fiduciaire proprement dit. L'*equity* exige donc la restitution intégrale dans le cas d'une perte résultant du manquement à une obligation fiduciaire, et ce, indépendamment de l'éloignement du dommage. Ce qui sous-tend l'approche adoptée par l'*equity*, c'est la nécessité de contraindre les personnes soumises à une obligation fiduciaire à se conformer à des normes strictes de bonne foi et d'absence de conflit d'intérêts dans l'exercice de leurs fonctions; voir *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, à la p. 610. Il s'ensuivrait donc de ce qui précède que l'arrêt *Jacks v. Davis*, précité, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que les dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire se calculent de la même façon que ceux accordés pour fraude, est erroné.

Les appelantes contestent en outre l'opinion du juge Lambert selon laquelle [TRADUCTION] «des redressements qui, sous certains aspects, relèvent des deux systèmes, peuvent être accordés pour des fautes relevant, sous certains aspects, des deux systèmes» (à la p. 182). La common law et l'*equity*, maintiennent-elles, ne sont pas fusionnées et constituent des sys-

in or award damages in the common law sense, not even, until the *Chancery Amendment Act* of 1858 (Lord Cairn's Act), (Eng.), 21 & 22 Vict., c. 27, an award of damages in addition to or in lieu of specific performance. The appellants also stress that equity has exclusive jurisdiction over claims based on breach of fiduciary duty, and assert that common law principles and remedies are no more applicable to such an action than are criminal law principles. The appellants also argue that s. 41 of the *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, c. 224, which provides that in the case of a conflict between a rule of common law and a rule of equity the latter prevails, would be violated if the approach of Lambert J.A. were adopted.

According to the agreed statement of facts, the appellants would not have purchased the property or entered into the joint venture agreement had they known about the secret profit. Thus, the appellants seek an order that they are entitled to compensation from the respondents for their entire loss, to be proved at trial, which was incurred as a result of embarking upon the joint venture. Damages would include the amount of the secret profit, and consequential damages unlimited by principles of remoteness, causation or intervening acts.

The Respondents' Arguments

The essence of the respondents' argument is that the Court of Appeal was correct in holding that law and equity are now fused, so that the common law remedy of damages, as limited by the principles of remoteness and causation, is available for the equitable claim of breach of fiduciary duty.

The respondents assert that the appellants are attempting to recover losses which are not recover-

tèmes distincts animés par des principes qui leur sont propres. Aussi la Cour de la chancellerie ne pouvait-elle pas connaître d'une action en dommages-intérêts au sens de la common law ni accorder ce type de redressement. De fait, antérieurement à la *Chancery Amendment Act* de 1858 (la loi de lord Cairn) (Angl.), 21 & 22 Vict., ch. 27, il lui était même défendu d'accorder des dommages-intérêts en sus ou au lieu de l'exécution intégrale. Les appelantes soulignent en outre que les tribunaux d'*equity* sont les seuls compétents pour instruire les demandes fondées sur le manquement à une obligation fiduciaire et elles affirment que les principes et les redressements de common law ne s'appliquent pas davantage à pareilles actions que les principes de droit criminel. De plus, les appelantes font valoir que, si le point de vue du juge Lambert était adopté, il y aurait violation de l'art. 41 de la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 224, qui prévoit qu'en cas de conflit entre une règle de common law et une règle d'*equity*, c'est cette dernière qui l'emporte.

D'après l'exposé conjoint des faits, les appelantes n'auraient pas acheté le terrain en cause ni conclu le contrat d'entreprise conjointe si elles avaient été au courant du bénéfice secret. Elles demandent en conséquence une ordonnance reconnaissant leur droit de se faire dédommager par les intimés de la totalité de la perte qu'elles ont subie par suite de leur participation à l'entreprise conjointe et dont la preuve devra être faite dans le cadre d'un procès. Ces dommages-intérêts comprendraient le montant du bénéfice secret ainsi que l'indemnisation des dommages indirects non limités par les principes de l'éloignement, de la causalité ou des actes intermédiaires.

Les arguments des intimés

Les intimés allèguent essentiellement que la Cour d'appel a eu raison de statuer qu'il y a maintenant fusion de la common law et de l'*equity*, de sorte que des dommages-intérêts en common law, limités par les principes de l'éloignement et de la causalité, peuvent être accordés dans le cadre d'une demande, fondée sur l'*equity*, pour manquement à une obligation fiduciaire.

Les intimés prétendent que les appelantes tentent, [TRADUCTION] «sous prétexte de réclamer la restitui-

able in contract or tort (because of remoteness) “under the cloak of a claim for restitution”. They argue that the law of restitution has no application to the issues in this appeal. According to the respondents, restitution in equity or at common law is concerned with circumstances where one party has been unjustly enriched at the expense of another. The equitable form of restitution is concerned with assets and profits, and not with losses.

The respondents submit that this Court should be wary of attempting to clothe all fiduciaries with the mantle of a trustee. In their view, the Court of Appeal correctly distinguished *Guerin* as a case involving a fiduciary’s exercise of control over the beneficiary’s property. Where no property has passed between the fiduciary and the beneficiary, the principles of liability for breach of trust will be of little assistance. The respondents further submit that the extension of the rule of strict accountability from trustees to all fiduciaries would be merely punitive and would have no sound basis in policy. This is particularly true in the case at hand, where the actual cause of the loss was the unrelated wrongdoing of another party.

According to the respondents, the *Law and Equity Act* is not applicable in this case, as that statute presupposes a conflict between rules of common law and equity. No such conflict exists in the present case. Where duties imposed by equity have been breached, the limitation of damage awards by operation of the principles of causation and remoteness is in accordance with established equitable rules and the principles of fairness and justice that underlie these rules.

tion», de se faire dédommager de pertes qui n’ouvrent pas droit à des dommages-intérêts sur le plan contractuel ou délictuel (en raison de l’éloignement du dommage). Le droit en matière de restitution, soutiennent-ils, ne s’applique pas aux questions soulevées dans le présent pourvoi. Selon les intimés, la restitution, que ce soit en *equity* ou en common law, a lieu dans des circonstances où il y a eu enrichissement sans cause d’une personne aux dépens d’une autre. La restitution en *equity* ne peut porter que sur des éléments d’actif et des bénéfices, et non sur des pertes.

Les intimés font valoir que notre Cour ne devrait pas s’empresse d’ériger en fiduciaires proprement dits toutes les personnes soumises à une obligation fiduciaire. À leur avis, la Cour d’appel a eu raison de faire une distinction d’avec l’arrêt *Guerin* car la personne soumise à une obligation fiduciaire en question exerçait le contrôle sur les biens du bénéficiaire. Lorsqu’aucun bien n’a été cédé par le bénéficiaire à la personne soumise à une obligation fiduciaire, les principes de la responsabilité pour manquement aux obligations du fiduciaire ne seront que de peu de secours. De plus, les intimés soutiennent que l’extension de la règle de la responsabilité stricte applicable aux fiduciaires proprement dits, de manière à ce qu’elle s’applique également à toutes les personnes soumises à une obligation fiduciaire, aurait un effet purement punitif sur ces dernières et n’aurait aucun fondement de principe. Cela est particulièrement vrai dans le cas présent où la perte a été causée par la faute indépendante d’un tiers.

Selon les intimés, la *Law and Equity Act* ne s’applique pas en l’espèce, étant donné qu’elle présuppose un conflit entre une règle de common law et une règle d’*equity*. Or, il n’existe pas de tel conflit dans la présente affaire. Dans le cas d’un manquement à des obligations imposées par l’*equity*, la limitation des montants accordés à titre de dommages-intérêts résultant de l’application des principes de la causalité et de l’éloignement du dommage est conforme aux règles établies de l’*equity* et aux principes d’équité et de justice qui les sous-tendent.

Analysis

The appellants, we saw, firmly base their claim in equity for breach of a fiduciary duty. Although they could pursue various claims at common law, they maintain that they can seek equitable remedies concurrently and may choose the remedy most advantageous to them. The respondents do not contest this and, in my view, quite properly concede this point. The appellants' position is fully supported so far as torts and contracts are concerned by this Court's decision in *Central Trust Co. v. Rafuse, supra*, and so far as claims in law and equity are concerned by the House of Lord's decision in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932.

Nocton v. Lord Ashburton is the leading case in this area. Its facts bear a considerable affinity to the present case, and it forms a convenient starting point for a discussion of the applicable principles. There a mortgagee brought action against his solicitor for indemnity for loss he had suffered from the advice given by his solicitor to release a part of a mortgage security. The security became insufficient and the mortgagor defaulted. The release gave the solicitor further security for his own mortgage. The trial judge dealt with the case as one of deceit and, having found no fraud, dismissed the action. While an action for negligence may have lain, such action was statute-barred. On appeal, the Court of Appeal reversed the trial judge on the issue of fraud and granted damages for deceit. The House of Lords, however, restored the findings of the trial judge on the issue of fraud, but affirmed the Court of Appeal's award of damages on other grounds. A majority of their Lordships granted equitable relief for breach of fiduciary duty.

This equitable jurisdiction the Lord Chancellor, Viscount Haldane, noted was grounded in the old Bill of Chancery to enforce compensation for breach of a

Analyse

Les appelantes, nous l'avons vu, fondent fermement leur demande sur l'*equity* en alléguant le manquement à une obligation fiduciaire. Bien qu'il leur soit possible d'exercer différents recours en common law, elles prétendent pouvoir réclamer en même temps des redressements en *equity* et pouvoir choisir celui qui leur est le plus avantageux. Les intimés ne contestent pas cela et j'estime que c'est à très juste titre qu'ils concèdent ce point aux appelantes. La position de ces dernières est pleinement étayée, en matières délictuelle et contractuelle, par notre arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, précité, et, en ce qui concerne les réclamations fondées sur la common law et sur l'*equity*, par l'arrêt de la Chambre des lords *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932.

Nocton v. Lord Ashburton est l'arrêt de principe dans ce domaine. Ses faits ressemblent beaucoup à ceux de la présente affaire et il constitue un bon point de départ pour une étude des principes applicables. C'est une affaire dans laquelle un créancier hypothécaire a intenté contre son avocat une action en indemnisation de la perte qu'il avait subie du fait d'avoir suivi le conseil de l'avocat d'accorder la mainlevée à l'égard d'une partie d'une garantie hypothécaire. La garantie s'est avérée insuffisante et le débiteur hypothécaire n'a pas respecté ses engagements. La mainlevée faisait bénéficier l'avocat d'une garantie supplémentaire pour sa propre hypothèque. Le juge de première instance a procédé comme s'il s'agissait d'un cas de dol et, ayant conclu à l'absence de fraude, il a rejeté l'action. Bien qu'une action pour négligence eût été possible, une telle action était prescrite. En appel, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance sur la question de la fraude et a accordé des dommages-intérêts pour dol. La Chambre des lords a toutefois rétabli les conclusions du juge de première instance relativement à la fraude, mais a confirmé, pour d'autres motifs, les dommages-intérêts accordés par la Cour d'appel. La majorité de leurs Seigneuries ont accordé un redressement d'*equity* pour manquement à une obligation fiduciaire.

Cette compétence en *equity*, de faire remarquer le lord chancelier le vicomte Haldane, reposait sur l'ancien *Bill of Chancery* auquel on recourait pour obte-

fiduciary obligation (at p. 946). Operating as a court of conscience, equity not only exercised concurrent jurisdiction with the common law in respect of misrepresentations where there was actual fraud; it also acted in respect of a wide range of cases where there was misrepresentation or failure to give information, not amounting to actual fraud, where a person was under a fiduciary duty or by reason of other special circumstances under a duty to inform another. As a court of conscience, it would act *in personam* to prevent persons from acting against the dictates of conscience as defined by the court, i.e., where there was "equitable fraud". Equity's remedies, the Lord Chancellor stated, were more elastic than those available at common law. "Operating in personam", he continued, equity "could order the defendant, not, indeed, in those days [i.e., before *Lord Cairn's Act*] to pay damages . . . but to make restitution, or to compensate the plaintiff by putting him in as good a position pecuniarily" as he would have been before the breach (at p. 952). Thus the measure of compensation may not always be the same as damages in an action for deceit or negligence. However, in the case before him that question was one of form only and it was not clear whether it would have made any difference whether compensation or damages was awarded. The issue was, in any event, not raised and the Court of Appeal's award was allowed to stand.

There was one difference in the nature of the breach by the solicitor in *Nocton* from that complained of in the present case. In *Nocton*, it will be remembered, the breach could give rise to a possible benefit to the solicitor, a situation that does not arise here. However, I have no doubt, and it was not contested, that the situation here also involves a breach of a fiduciary duty sufficient to call upon equity's jurisdiction to compensate the appellants for breach of the duty. It is true that Viscount Haldane specifically referred to the benefit enuring to the solicitor in

nir l'indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire (à la p. 946). Faisant appel à la conscience, non seulement l'*equity* conférait une compétence concurrente à celle de la common law relativement aux déclarations inexactes dans les cas où il y avait effectivement fraude, mais elle s'appliquait dans une vaste gamme d'affaires où la déclaration inexacte ou l'omission de donner des renseignements ne constituait pas vraiment une fraude, mais où une personne était soumise à une obligation fiduciaire ou tenue, en raison d'autres circonstances particulières, d'informer une autre personne. Puisque l'*equity* faisait appel à la conscience, elle agissait *in personam* pour empêcher qu'on viole les préceptes de la conscience, tels que définis par les tribunaux, c.-à-d. lorsqu'il y avait [TRADUCTION] «fraude en *equity*». Les redressements d'*equity*, d'affirmer le lord chancelier, étaient plus souples que ceux de la common law. [TRADUCTION] «Comme elle agissait *in personam*», a-t-il poursuivi, l'*equity* «pouvait, certes, à cette époque [c.-à-d. avant la loi de lord Cairn], ordonner au défendeur non pas de payer des dommages-intérêts [. . .] mais d'effectuer la restitution ou de dédommager le demandeur en le mettant dans une situation financière aussi avantageuse» que celle où il se trouvait avant le manquement (à la p. 952). Il s'en suit donc que l'indemnité ne se calcule peut-être pas toujours de la même façon que les dommages-intérêts accordés dans une action pour dol ou négligence. Dans le cas qui occupait le lord chancelier, cependant, c'était là une question de pure forme et il n'était pas certain ce que cela aurait fait une différence que le redressement revête la forme d'une indemnité ou bien de dommages-intérêts. Quoi qu'il en soit, la question n'a pas été soulevée et les dommages-intérêts accordés par la Cour d'appel ont été maintenus.

Il y a une différence, quant à leur nature, entre le manquement de l'avocat dans l'affaire *Nocton* et celui dont on se plaint en l'espèce. On se rappellera en effet que, dans l'affaire *Nocton*, le manquement aurait pu tourner éventuellement à l'avantage de l'avocat, ce qui n'est pas le cas ici. Je ne doute pas, toutefois, et ce point n'a pas été contesté, qu'il s'agit également dans la présente affaire d'un manquement à une obligation fiduciaire suffisant pour justifier l'exercice de la compétence en *equity* pour dédommager les appelantes par suite de ce manquement. Il

holding that there was a breach of fiduciary duty. He notes, at pp. 956-57:

When, as in the case before us, a solicitor has had financial transactions with his client, and has handled his money to the extent of using it to pay off a mortgage made to himself, or of getting the client to release from his mortgage a property over which the solicitor by such release has obtained further security for a mortgage of his own, a Court of Equity has always assumed jurisdiction to scrutinize his action. It did not matter that the client would have had a remedy in damages for breach of contract. Courts of Equity had jurisdiction to direct accounts to be taken, and in proper cases to order the solicitor to replace property improperly acquired from the client, or to make compensation if he had lost it by acting in breach of a duty which arose out of his confidential relationship to the man who had trusted him.

This does not mean that a fiduciary duty has not been breached when, as in the present case, the solicitor fails to inform a client of a fact of which he should have informed him, or that he should seek independent advice. It is clear from earlier cases he discussed (*Burrowes v. Lock* (1805), 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927) and *Slim v. Croucher* (1860), 1 De G. F. & J. 518, 45 E.R. 462) that he considered that other situations might call for the superintending jurisdiction of equity. As well, it should be observed that Lord Dunedin and Lord Shaw of Dunfermline do not appear to rely on this factor. Indeed, the latter does not in his statement of the facts even mention the possible advantage enuring to the solicitor; he speaks more broadly of misrepresentations and misstatements made by a person entrusted with a duty and of the failure to comply with that duty (at p. 968), or again the liability of an adviser in respect of statements upon which the other is guided or upon which

est vrai que le vicomte Haldane, en concluant au manquement à une obligation fiduciaire, évoque explicitement l'avantage tiré par l'avocat. Il écrit, aux pp. 956 et 957:

[TRADUCTION] Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un avocat a participé à des opérations financières avec son client et qu'il a géré les fonds de ce dernier en ce sens qu'il s'en est servi pour purger une hypothèque qui lui avait été consentie, ou en ce sens qu'il a amené son client à accorder la mainlevée d'hypothèque à l'égard d'une propriété qui, par suite de la mainlevée, est devenue une garantie supplémentaire d'une hypothèque consentie à l'avocat lui-même, les tribunaux d'*equity* se sont toujours attribués compétence pour examiner minutieusement les actes de l'avocat. Il leur importait peu que le client eût pu exercer un recours en dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Les tribunaux d'*equity* avaient compétence pour ordonner la reddition de compte et, le cas échéant, d'ordonner à l'avocat de restituer les biens qu'il avait irrégulièrement acquis de son client, ou de le dédommager s'il les avait perdus par suite d'un manquement à une obligation née de son rapport de confiance avec la personne qui s'était fiée à lui.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y a aucun manquement à une obligation fiduciaire dans un cas comme celui qui nous occupe, où l'avocat omet d'informer son client d'un fait dont il aurait dû le mettre au courant, ou de lui conseiller de demander un avis indépendant. Il se dégage nettement de la vieille jurisprudence qu'il a examinée (*Burrowes v. Lock* (1805), 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927, et *Slim v. Croucher* (1860), 1 De G. F. & J. 518, 45 E.R. 462) que le vicomte Haldane considérait que d'autres situations pourraient donner lieu à l'exercice de la compétence de surveillance de l'*equity*. Il est à noter, en outre, que ni lord Dunedin ni lord Shaw of Dunfermline ne semblent retenir ce facteur. En fait, ce dernier ne mentionne même pas, dans son exposé des faits, l'avantage que pouvait tirer l'avocat; il parle plutôt, en termes plus généraux, de fausses déclarations et de déclarations inexactes faites par une personne à qui incombait une obligation et de l'omission de s'acquiescer de cette obligation (à la p. 968), ou, encore, de la responsabilité d'un conseiller à l'égard de déclarations qui viennent guider l'autre personne ou auxquelles elle se fie à juste titre, et ce, peu importe que la déclaration en question soit volontairement fausse

he justly relies, and this whether the statement is fraudulent or innocent (at pp. 969-71).

What has just been said is consistent with the subsequent case of *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, *supra*, involving a similar fact situation. It is apparent from the language of Lord Thankerton, giving the judgment of the Privy Council, that a solicitor may be liable for a fiduciary duty for non-disclosure even when his or her personal interest is not at stake though that is a factor of some importance. Lord Thankerton had this to say, at pp. 468-69:

Their Lordships are clearly of opinion that the appellant's non-disclosure of these two mortgages was a breach of his duty as solicitor to the Loan Company, particularly in view of his personal interest in them, and that it would equally have been a breach of duty if, contrary to their Lordships' opinion, the appellant had only been employed for the certificate of title. It follows that the Loan Company were entitled at least to nominal damages against the appellant.

Some academic writings, it is true, argue for limiting fiduciary obligations to situations where the solicitor may benefit from a misstatement; see Gummow, "Compensation for Breach of Fiduciary Duty", in Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989). However, the Canadian cases on the subject make it clear that the law is not so limited; see *Culling v. Sansai Securities Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 456 (B.C.S.C.); *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252 (Ont. C.A.); *Howard v. Cunliffe* (1973), 36 D.L.R. (3d) 212 (B.C.C.A.); *Laskin v. Bache and Co.*, [1972] 1 O.R. 465 (C.A.); *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 58 O.R. (2d) 1 (C.A.). The attempt to narrow the application of fiduciary relations may to some extent rest on, in my view, a misguided sense of orderliness. As in the present case, there are often other remedies in contract or in tort available for the person suffering loss from a breach of duty. The argument, I think, fails to appreciate how equity operates. There have always been considerable areas of overlap, as *Nocton v. Lord Ashburton* exemplifies. As Lord Dunedin there tells us, at p. 964, there are of course classes of cases

ou bien inconsciemment inexacte (aux pp. 969 et 971).

Les observations ci-dessus concordent avec l'arrêt subséquent *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, précité, qui comportait une situation de fait analogue. Il ressort des propos de lord Thankerton, qui a rédigé les motifs du Conseil privé, que la responsabilité d'un avocat peut être engagée par suite du manquement à une obligation fiduciaire de divulgation, même si son intérêt personnel n'est pas en jeu, bien que ce dernier facteur revête une certaine importance. Lord Thankerton dit, aux pp. 468 et 469:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment évidemment que la non-divulgation de ces deux hypothèques par l'appelant constituait un manquement à son obligation en tant qu'avocat de la société de crédit, compte tenu particulièrement de son intérêt personnel dans ces hypothèques, et qu'il y aurait eu au même titre manquement à l'obligation si, contrairement à ce que croient leurs Seigneuries, les services de l'appelant n'avaient été retenus que pour le certificat de titre. Il s'ensuit que la société de crédit avait droit, à tout le moins, à ce que l'appelant soit condamné à des dommages-intérêts symboliques.

Certains auteurs de doctrine, il est vrai, préconisent la restriction des obligations fiduciaires aux situations où l'avocat peut bénéficier d'une déclaration inexacte; voir Gummow, «Compensation for Breach of Fiduciary Duty», dans Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts*, (1989). Toutefois, la jurisprudence canadienne dans ce domaine établit clairement que le droit ne connaît pas de telle restriction; voir *Culling v. Sansai Securities Ltd.* (1974), 45 D.L.R. (3d) 456 (C.S.C.-B.); *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252 (C.A. Ont.); *Howard v. Cunliffe* (1973), 36 D.L.R. (3d) 212 (C.A.C.-B.); *Laskin v. Bache and Co.*, [1972] 1 O.R. 465 (C.A.); *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 58 O.R. (2d) 1 (C.A.). À mon avis, la tentative de limiter l'application des rapports fiduciaires peut reposer jusqu'à un certain point sur un sens déplacé de l'ordre. Comme c'est le cas en l'espèce, il existe souvent d'autres redressements, en matière contractuelle ou délictuelle, qui s'offrent à la personne qui a subi une perte par suite du manquement à une obligation. J'estime que l'argument avancé ne tient pas compte de la façon dont fonctionne l'équité. Il y a toujours eu une

where "equity has been peculiarly dominant, not, I take it, from any scientific distinction between the classes of duty existing and the breaches thereof, but simply because in certain cases where common justice demanded a remedy, the common law had none forthcoming, and the common law (though there is no harder lesson for the stranger jurist to learn) began with the remedy and ended with the right". The reticence to give full sway to equity may also be owing to the fact that equitable remedies may, in certain cases, not appear appropriate to the task. This seems to fly in the face of Viscount Haldane's description of their "elastic" features, and I shall have more to say about this later.

This does not mean, however, that the question whether a fiduciary benefits from a breach of his duties is not important. This may, in an appropriate case, give rise to a constructive trust or other equitable remedy as Viscount Haldane observes in the passage, at pp. 956-57, above cited. The present case would clearly not call for restitution in that sense. What we are left with is a claim for compensation for simple failure to perform a fiduciary duty as occurred in *Nocton v. Lord Ashburton*.

The nature of the remedy of compensation for breach of an equitable obligation, except as it applies to property held in a fiduciary capacity, is rather obscure; for an excellent discussion, see Davidson, in "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349. There are not many cases on the issue. Nonetheless, the inherent jurisdiction of equity to compensate for a breach of a fiduciary duty cannot be denied. It is at times used where the exercise of another equitable jurisdiction, for example rescission of contract, has become impossible; see *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134. But, as already mentioned, it has also been used indepen-

grande mesure de chevauchement, comme en témoigne l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*. Comme nous le dit lord Dunedin, à la p. 964 de cette affaire, il existe bien entendu des catégories de cas où [TRANSLATION] «l'*equity* a dominé particulièrement, non pas, je suppose, en raison d'une distinction scientifique quelconque entre les catégories d'obligations existantes et les manquements à celles-ci, mais simplement parce que, dans certains cas où la simple justice commandait un redressement, la common law n'en offrait pas et la common law (c'est d'ailleurs ce qu'il y a de plus difficile à saisir pour le juriste étranger) partait du redressement pour aboutir à l'existence d'un droit». Si l'on hésite à appliquer pleinement l'*equity*, cela tient peut-être aussi au fait que les redressements d'*equity* peuvent, dans certains cas, paraître ne pas suffire à la tâche. Voilà qui semble contredire la description, par le vicomte Haldanè, de leur caractère «souple», que je commenterai davantage plus loin.

Cela ne signifie pas toutefois qu'est sans importance la question de savoir si une personne soumise à une obligation fiduciaire bénéficie d'un manquement à cette obligation. Cela peut, le cas échéant, donner lieu à une fiducie par interprétation ou à un autre redressement d'*equity*, comme le souligne le vicomte Haldane dans l'extrait précité des pp. 956 et 957. De toute évidence, il n'y aurait pas lieu à restitution dans ce sens-là en l'espèce. Nous nous trouvons donc en présence d'une demande d'indemnisation pour simple omission de s'acquitter d'une obligation fiduciaire, comme c'était le cas dans l'affaire *Nocton v. Lord Ashburton*.

La nature du redressement sous forme d'indemnisation pour manquement à une obligation d'*equity*, sauf dans la mesure où il s'applique aux biens détenus par une personne soumise à une obligation fiduciaire, s'avère plutôt obscure; pour une excellente analyse de cette question, voir Davidson, «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349. La jurisprudence est peu abondante sur ce point. La compétence inhérente que comporte l'*equity* pour accorder un dédommagement par suite du manquement à une obligation fiduciaire est néanmoins incontestable. On y a recours parfois lorsque l'exercice d'une autre compétence en *equity* comme,

dently of other remedies where there was a misstatement by a fiduciary or other persons in special circumstances. Certain developments before the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (Eng.), 36 & 37 Vict., c. 66, held the promise of providing a means of dealing with situations now dealt with at common law as negligent misstatement under the principles expounded in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). For an account of this development, see Davidson, *supra*, esp. at pp. 357 *et seq.* The cases of *Burrows v. Lock*, *supra*, and *Slim v. Croucher*, *supra*, discussed in *Nocton v. Lord Ashburton* are instructive on this point. However, *Derry v. Peek* (1889), 14 A.C. 337 (H.L.), where it was held that actual fraud was necessary to ground an action for deceit, was for a time thought to have more extensively limited remedies for loss for misrepresentation both at common law and in equity. In that climate, *Burrows v. Lock* was explained on the basis of estoppel and *Slim v. Croucher* was held to be wrongly decided; see *Low v. Bouverie*, [1891] 3 Ch. 82. Nonetheless, the judges in *Nocton v. Lord Ashburton* subsequently appear to have at least approved of the principle underlying both these cases; see also Davidson, *supra*, who (at p. 368) cites a comment of Lord McNaghten in argument in *Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson* (1893), 42 W.R. 204 (H.L.), at p. 205, (a comment not found in the "official" report, [1893] A.C. 396), which would suggest that he thought *Slim v. Croucher* was good law.

However that may be, the remedy of compensation in cases like the present is not likely to be resorted to frequently. The tort of deceit has long provided a convenient common law remedy that makes resort to the equitable remedy infrequent in cases of fraud, and with the development of the principle in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, *supra*, it is

par exemple, celle pour résilier un contrat, est devenu impossible; voir *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134. Mais, comme je l'ai déjà mentionné, elle a aussi été exercée indépendamment d'autres redressements dans des cas où une déclaration inexacte avait été faite par une personne soumise à une obligation fiduciaire ou par d'autres personnes dans des circonstances particulières. Certains développements antérieurs à la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (Angl.), 36 & 37 Vict., ch. 66, promettaient de fournir un moyen de régler des cas que la common law traite maintenant comme des déclarations inexactes faites par négligence, en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). Pour un exposé de ces développements, voir Davidson, *loc. cit.*, surtout aux pp. 357 et suiv. Les affaires *Burrows v. Lock* et *Slim v. Croucher*, précitées, dont il est question dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, sont intéressantes sur ce point. Il fut toutefois un temps où l'arrêt *Derry v. Peek* (1889), 14 A.C. 337 (H.L.), dans lequel il a été statué que l'action pour dol devait être fondée sur une fraude réelle, était considéré comme ayant limité davantage les redressements, tant de common law que d'*equity*, pour les pertes résultant de déclarations inexactes. Dans ce contexte, on expliquait l'arrêt *Burrows v. Lock* en fonction du concept de fin de non-recevoir (*estoppel*) et l'arrêt *Slim v. Croucher* a été jugé erroné; voir l'affaire *Low v. Bouverie*, [1891] 3 Ch. 82. Néanmoins, les juges, dans l'affaire *Nocton v. Lord Ashburton*, semblent avoir, par la suite, tout au moins approuvé le principe sous-tendant ces deux décisions; voir aussi Davidson, *loc. cit.*, qui (à la p. 368) cite une observation qu'a faite lord McNaghten au cours des débats dans l'affaire *Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson* (1893), 42 W.R. 204 (H.L.), à la p. 205, (observation non reproduite dans le recueil «officiel», [1893] A.C. 396), laquelle laisserait entendre qu'à son avis la décision *Slim v. Croucher* était juste.

Quoi qu'il en soit, il est peu probable qu'on ait souvent recours au redressement de l'indemnisation dans des affaires comme la présente. Voilà longtemps en effet que le délit civil de dol donne lieu à un redressement pratique de common law qui fait en sorte qu'on recourt rarement, dans des cas de fraude, au redressement offert par l'*equity* et, par suite du

unlikely to be used often in cases of negligent misstatement. Nonetheless, it may at times be of utility; for an example, see *McKenzie v. McDonald*, *supra*, where on the facts a remedy in negligence was held to be unavailable. There may, as well, be other situations where equity may make use of the remedy in its traditional role of filling gaps in the law or improving the remedies available for a breach of duty; see Davidson, *supra*.

The simple fact is, however, that there is a paucity of cases where compensation has been awarded for breach of fiduciary duty in a context such as the present. More particularly, apart from the present case and *Jacks v. Davis*, *supra*, upon which it is based, only a few cases have anything to say regarding the effect of the intervening fault of a third party on compensation and not much more about the related issue of mitigation. The most elaborate judicial discussion appears in the New Zealand case of *Day v. Mead*, [1987] 2 N.Z.L.R. 443 (C.A.), where the court addressed the issue of contributory negligence in connection with a solicitor's breach of duty. I shall return to *Day v. Mead* later.

I shall begin by attempting to describe the nature of compensation and, more particularly, what it means in the present context. The appellants strongly emphasized that the courts of equity had, before the *Judicature Act*, no power to award damages, this being the exclusive domain of the common law, and the only statutory change to this regime was made by *Lord Cairn's Act* and its successors. Equity, they assert, was concerned with restoring a plaintiff to the position he or she was in before the breach of duty calling upon equity's intervention. The situation, they argued, was not changed by the *Judicature Act*, which was aimed largely at providing for the enforcement of law and equity in the same courts, not

principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, précité, il est peu probable qu'on y ait souvent recours dans le cas de déclarations inexactes faites par négligence. Néanmoins, ce redressement peut parfois s'avérer utile; voir, par exemple, la décision *McKenzie v. McDonald*, précité, où, compte tenu des faits en présence, on a jugé qu'il n'y avait pas lieu à redressement fondé sur la négligence. Il existe peut-être aussi d'autres situations où l'*equity* peut se servir de ce redressement en jouant son rôle traditionnel qui consiste à combler les lacunes de la common law ou à améliorer les redressements disponibles dans le cas d'un manquement à une obligation; voir Davidson, *loc. cit.*

Il reste toutefois qu'il existe très peu de cas où une indemnité a été accordée pour le manquement à une obligation fiduciaire dans un contexte comme celui dont il est question en l'espèce. Plus particulièrement, outre la présente instance et l'arrêt *Jacks v. Davis*, précité, sur lequel elle repose, seul un petit nombre de décisions traitent de l'incidence de la faute intermédiaire d'un tiers sur l'indemnisation et la jurisprudence ne traite guère davantage de la question connexe de la limitation du dommage. C'est dans l'arrêt néo-zélandais *Day v. Mead*, [1987] 2 N.Z.L.R. 443 (C.A.), où la cour s'est penchée sur la question de la négligence contributive dans le contexte du manquement par un avocat à ses obligations, qu'on trouve l'analyse jurisprudentielle la plus poussée. Je reviendrai plus loin à l'arrêt *Day v. Mead*.

Je commence par tenter de décrire la nature de l'indemnisation et, plus particulièrement, ce que signifie ce terme dans le présent contexte. Les appelantes ont souligné énergiquement qu'avant la *Judicature Act*, les tribunaux d'*equity* n'étaient investis d'aucun pouvoir d'accorder des dommages-intérêts, car cela était du ressort exclusif de la common law, et l'unique changement apporté à ce régime l'a été par la loi de lord Cairn et les lois qui lui ont succédé. L'*equity*, affirment les appelantes, se préoccupait de remettre le demandeur dans la situation où il se trouvait avant que ne soit commis le manquement à une obligation donnant lieu à l'intervention de l'*equity*. Selon elles, cette situation est demeurée inchangée à la suite de la *Judicature Act*, qui visait surtout à assurer l'application de la common law et de l'*equity* par les mêmes

in altering the jurisdiction exercisable under each system.

There can be little doubt that damages come within the province of the common law (see, for example, *Todd v. Gee* (1810), 17 Ves. Jun. 273, 34 E.R. 106), although some early transgressions appear to have taken place where equity awarded damages (see Meagher, Gummow and Lehane, *Equity, Doctrines and Remedies* (2nd ed. 1984) § 2304). Damages are a monetary payment awarded for the invasion of a right at common law. Equity aimed at restoring a person to whom a duty was owed to the position in which he or she would have been had the duty not been breached. This it did through a variety of remedies, including compensation.

The difference between damages and restitution was abundantly clear in cases of breaches of trust, and in that context the following statement of James and Baggallay L.JJ. in *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807, at p. 819, appears unexceptionable:

The Court of Chancery never entertained a suit for damages occasioned by fraudulent conduct or for breach of trust. The suit was always for an equitable debt or liability in the nature of debt. It was a suit for the restitution of the actual money or thing, or value of the thing, of which the cheated party had been cheated.

But while the same approach of restitution or restoration applied in the case of simple compensation not involving the restoration of property, the difference in practical result between compensation and damages is by no means as clear. All that Viscount Haldane tells us about this (at p. 958) is that “[t]he measure of damages [he was there speaking in a generic and not in a technical sense] may not always be the same as in an action of deceit or for negligence”, and in the case before him he was content to say that it was a mere matter of form. On this matter, I fully agree with Cooke P. in *Day v. Mead*, *supra*, at p. 451, that in many cases it is “a difference without a

tribunaux, et non pas à modifier la compétence pouvant être exercée sous chaque régime.

Il n'est guère à douter que les dommages-intérêts relèvent de la common law (voir, par exemple, la décision *Todd v. Gee* (1810), 17 Ves. Jun. 273, 34 E.R. 106), quoique certaines exceptions semblent avoir été faites autrefois dans des cas où l'*equity* a accordé des dommages-intérêts (voir Meagher, Gummow et Lehane, *Equity, Doctrines and Remedies* (2^e éd. 1984) § 2304). Les dommages-intérêts sont un paiement en argent accordé pour l'atteinte à un droit reconnu par la common law. L'*equity* visait à remettre le créancier d'une obligation dans la situation où il se serait trouvé n'eût été le manquement à cette obligation. Pour y arriver, l'*equity* recourait à divers redressements, dont l'indemnisation.

La différence entre les dommages-intérêts et la restitution ressortait très nettement dans les cas de manquement aux obligations du fiduciaire et, dans ce contexte, l'affirmation suivante des lords juges James et Baggallay, dans *Ex parte Adamson* (1878), 8 Ch. D. 807, à la p. 819, paraît inattaquable:

[TRADUCTION] La Cour de la chancellerie ne connaissait jamais d'une action en dommages-intérêts fondée sur une conduite dolosive ou sur le manquement aux obligations du fiduciaire. Il s'agissait toujours d'une action en recouvrement d'une dette en *equity* ou en exécution d'une obligation de la nature d'une dette. L'action tendait à la restitution de l'argent ou de l'article escroqué à la partie lésée ou au recouvrement de la valeur de cet article.

Toutefois, bien que la même approche de restitution ou de remise dans la situation antérieure ait été suivie dans le cas de la simple indemnisation ne mettant pas en cause la restitution de biens, la différence existant dans la pratique entre l'indemnisation et les dommages-intérêts est loin d'être aussi nette. Tout ce que nous apprend le vicomte Haldane à ce sujet (à la p. 958) c'est que [TRADUCTION] «[i]l se peut que les dommages-intérêts [il veut dire par là les dommages-intérêts au sens générique plutôt qu'au sens technique] ne se calculent pas toujours de la même façon que dans une action pour dol ou pour négligence» et, dans le cas qui l'occupait, il s'est contenté d'affirmer qu'il s'agissait d'une simple question de forme. Sur ce point, je souscris entièrement à l'avis du président

distinction". The question is whether, like the case before him, this is one of them.

The appellants urged us to accept the manner of calculating compensation adopted by the courts in trust cases or situations akin to a trust, and they relied in particular on the *Guerin* case, *supra*. I think the courts below were perfectly right to reject that proposition. There is a sharp divide between a situation where a person has control of property which in the view of the court belongs to another, and one where a person is under a fiduciary duty to perform an obligation where equity's concern is simply that the duty be performed honestly and in accordance with the undertaking the fiduciary has taken on; see Sealy, "Some Principles of Fiduciary Obligation", [1963] *Cambridge L.J.* 119; Sealy, "Fiduciary Relationships", [1962] *Cambridge L.J.* 69. In the case of a trust relationship, the trustee's obligation is to hold the *res* or object of the trust for his *cestui que trust*, and on breach the concern of equity is that it be restored to the *cestui que trust* or if that cannot be done to afford compensation for what the object would be worth. In the case of a mere breach of duty, the concern of equity is to ascertain the loss resulting from the breach of the particular duty. Where the wrongdoer has received some benefit, that benefit can be disgorged, but the measure of compensation where no such benefit has been obtained by the wrongdoer raises different issues. I turn then specifically to that situation.

McKenzie v. McDonald, *supra*, usefully sets the stage for discussion. There the plaintiff, a widow, had approached the defendant real estate agent advising him she wished to sell her farm for £4 10s. per acre. The defendant inspected the property and was advised by an experienced land valuer that it was worth the price asked. He, however, persuaded the

Cooke qui, dans l'arrêt *Day v. Mead*, précité, à la p. 451, affirme que, dans bien des cas, c'est [TRADUCTION] «une différence qui ne comporte aucune distinction». La question est de savoir si la présente instance, comme l'affaire dont il était saisi, est un de ces cas.

S'appuyant particulièrement sur l'arrêt *Guerin*, précité, les appelantes nous ont incités à accepter le mode de calcul de l'indemnité adopté par les tribunaux dans les affaires de fiducie ou dans des situations analogues. Je crois que les tribunaux d'instance inférieure ont eu parfaitement raison de rejeter cet argument. Il existe une ligne de démarcation très nette entre la situation où une personne a sous son contrôle un bien qui, de l'avis de la cour, appartient à quelqu'un d'autre, et celle où une personne est soumise à une obligation fiduciaire de s'acquitter d'une tâche, le souci de l'*equity* étant, dans ce dernier cas, de veiller simplement à ce qu'on s'acquitte de cette tâche honnêtement et en conformité avec l'engagement pris par la personne soumise à l'obligation fiduciaire; voir Sealy, «Some Principles of Fiduciary Obligation», [1963] *Cambridge L.J.* 119; Sealy, «Fiduciary Relationships», [1962] *Cambridge L.J.* 69. Dans le cas d'une fiducie, le fiduciaire est tenu de détenir pour le bénéficiaire de la fiducie la chose ou l'article en fiducie, et, s'il y a manquement à l'obligation fiduciaire, l'*equity* veille à ce que la chose ou l'article soient rendus au bénéficiaire ou, si cela est impossible, à lui accorder une indemnité correspondant à sa valeur. Dans le cas du simple manquement à une obligation, l'*equity* se préoccupe de déterminer la perte résultant du manquement à l'obligation en question. Si l'auteur du dommage a tiré un avantage quelconque, cet avantage peut lui être enlevé, mais le calcul de l'indemnité, lorsque l'auteur du dommage n'a pas tiré pareil avantage, soulève des questions différentes. C'est cette dernière situation que je vais maintenant aborder.

L'affaire *McKenzie v. McDonald*, précitée, constitue un point de départ utile aux fins de notre analyse. Dans cette affaire, la demanderesse, une veuve, avait informé l'agent immobilier défendeur de son désir de vendre sa ferme au prix de 4,10 £ l'acre. Le défendeur a visité la propriété et s'est fait dire par un estimateur immobilier expérimenté qu'elle valait le prix

plaintiff that it was not worth that price and later proposed an arrangement, which she accepted, whereby she would convey it to him in exchange for property he owned plus an amount to make up the difference between the value of her land and his. He, however, undervalued her farm (at £4 per acre) and overvalued his land. The court found the defendant liable for breach of a fiduciary duty. Since third parties had acquired the farm, the court could not order rescission, so it ordered the defendant to pay the plaintiff compensation for the undervaluation of the farm and the overvaluation of his land. It is important to observe that, although the defendant had subsequently sold the farm for £4 10s. an acre on extended terms, the court assessed the value of the farm in terms of the initial sale price, £4 5s., not its value at the time of judgment. That was the loss the defendant suffered because she would have sold the land for the initial sale price.

The case thus demonstrates that, while compensation is designed to put the plaintiff "in as good a position pecuniarily as . . . before the injury", as Viscount Haldane put it in *Nocton v. Lord Ashburton*, *supra*, at p. 952, "it is imperative" as Davidson, *supra*, at p. 354 reminds us, "to ascertain the loss resulting from breach of the relevant equitable duty". The case also illustrates that compensation is not the same for every equitable remedy. Had this been an action for an account, the value would have been determined at the time of judgment.

An award of compensation is no less that because the amount recovered in a particular case is the same as would have been awarded in an action at common law. It was not felt necessary in *McKenzie v. McDonald* to bring in common law concepts to arrive at the same result as would have been obtained in a common law action. There were no issues of remoteness, or intervening cause, as arose here, however, and the appellants, we saw, strongly maintained that doc-

demandé. Le défendeur a toutefois convaincu la demanderesse que sa propriété ne valait pas autant et lui a subséquemment fait une offre, qu'elle a acceptée, selon laquelle elle lui céderait sa propriété en échange d'une propriété appartenant au défendeur et d'une soulte. Il a toutefois sous-évalué la propriété de la demanderesse (à 4 £ l'acre) et surévalué la sienne. La cour a jugé le défendeur responsable pour manquement à une obligation fiduciaire. Comme des tiers s'étaient portés acquéreurs de la ferme, la cour ne pouvait ordonner la résiliation, de sorte qu'elle a ordonné au défendeur d'indemniser la demanderesse en raison de la sous-évaluation de la ferme et de la surévaluation de son propre bien-fonds. Il importe de faire remarquer que, bien que le défendeur ait par la suite vendu la ferme au prix de 4,10 £ l'acre avec prorogation d'échéance, la cour a évalué la ferme en fonction du prix de vente initial de 4,5 £ plutôt que de déterminer sa valeur au moment du jugement. C'était là la perte subie par la défenderesse, car elle aurait vendu sa terre au prix initialement fixé.

Il se dégage donc de cette affaire que, si l'indemnisation est destinée à mettre le demandeur [TRADUCTION] «dans une situation financière aussi avantageuse que [. . .] avant le préjudice», comme le dit le vicomte Haldane, dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, précité, [TRADUCTION] «il faut absolument», comme nous le rappelle Davidson, *loc. cit.*, à la p. 354, «déterminer la perte résultant du manquement à l'obligation pertinente imposée par l'*equity*». La décision *McKenzie* montre en outre que tous les redressements découlant de l'*equity* ne donnent pas lieu à la même indemnité. S'il s'était agi en effet d'une action en reddition de compte, on aurait déterminé la valeur au moment du jugement.

Une indemnité n'est pas moins une indemnité parce que la somme accordée dans un cas donné est identique à celle qui l'aurait été dans une action en common law. On n'a pas jugé nécessaire, dans l'affaire *McKenzie v. McDonald*, de recourir à des concepts de common law pour arriver au même résultat que celui qu'on aurait obtenu dans une action fondée sur la common law. À la différence de la présente affaire, toutefois, les questions de l'éloignement du dommage ou de la cause intermédiaire ne se sont pas posées, et, comme nous l'avons vu, les appelantes

trines like remoteness and mitigation have no place in equity.

I should first of all say that the fact that such limitations may not have been developed before the *Judicature Act* is no ground for saying there is no room for further development of equitable principles to deal with the situation. We have it on high authority that equitable principles were not frozen in time; see *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904. As Lord Diplock put it, at p. 926:

Nor did the coming into force of that Act bring to a sudden halt the whole process of development of the substantive law of England that had been so notable an achievement of the preceding decades.

We have been given no case where the principles applicable to trusts have been applied to a breach of a fiduciary duty of the type in question here, and for reasons already given, I see no reason why they should be transposed here. The harshness of the result is reason alone, but apart from this, I do not think that the claim for the harm resulting from the actions of third parties can fairly be looked upon as falling within what is encompassed in restoration for the harm suffered from the breach. That is the view taken by all the Canadian courts that have dealt with the issue. In addition to *Jacks v. Davis* and the present case, reference may also be made to *Laskin v. Bache and Co.*, *supra*, and *Burke v. Cory*, *supra*, both in the Ontario Court of Appeal.

I have no doubt that policies underlying concepts like remoteness and mitigation might have developed from an equitable perspective. However, given the paucity of authority in the field, it is scarcely surprising that courts will deal with a case falling properly within the ambit of equity as if it were a common law matter or as justifying the use of its mode of analysis. This can be seen from *Burke v. Cory*, and *Laskin v. Bache and Co.* In *Cory*, a broker induced a client to purchase certain stocks after gaining his confidence by emphasizing the broker's qualifications and his possession of private information regarding the

soutiennent énergiquement que des principes comme ceux de l'éloignement et de la limitation du dommage n'ont pas leur place en *equity*.

a Je dois dire au départ que ce n'est pas parce qu'il se peut que de telles restrictions n'aient pas été apportées antérieurement à la *Judicature Act* qu'on est fondé à affirmer que les principes d'*equity* ne peuvent pas continuer à évoluer de manière à faire face à la situation. Nous tenons de source éminemment sûre que les principes d'*equity* n'ont pas été figés; voir l'arrêt *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904. Comme l'affirme lord Diplock, à la p. 926:

[TRADUCTION] De plus, l'entrée en vigueur de cette loi n'a pas subitement arrêté tout le processus de conception du droit positif anglais qui avait été une réalisation si remarquable des décennies précédentes.

d On ne nous a présenté aucune affaire dans laquelle les principes applicables aux fiducies ont été appliqués à un manquement à une obligation fiduciaire du genre dont il est question en l'espèce et, pour les motifs déjà exposés, je ne vois aucune raison de les transposer ici. La seule sévérité du résultat justifie cette conclusion mais, indépendamment de cela, je ne crois pas que la demande relative au préjudice découlant des actes de tierces personnes puisse en toute justice être considérée comme étant comprise dans le champ de la réparation du préjudice causé par le manquement. Ce point de vue a été adopté par tous les tribunaux canadiens qui se sont penchés sur la question. Outre l'affaire *Jacks v. Davis* et la présente instance, on peut aussi mentionner les arrêts *Laskin v. Bache and Co.* et *Burke v. Cory*, précités, tous les deux de la Cour d'appel de l'Ontario.

h Je ne doute pas que les politiques sous-tendant des concepts comme ceux de l'éloignement et de la limitation du dommage auraient pu être conçues sous l'angle de l'*equity*. Toutefois, compte tenu du peu de jurisprudence dans ce domaine, il n'est guère surprenant que les tribunaux examinent une affaire relevant à bon droit de l'*equity* comme s'il s'agissait d'une question de common law ou comme justifiant le recours à une méthode analytique propre à la common law. C'est ce qui se dégage des arrêts *Burke v. Cory* et *Laskin v. Bache and Co.* Dans l'affaire *Cory*, un courtier a incité un client à acheter certaines

stocks and then making false representations about the company. The court held that apart from the action of deceit, which requires an allegation of fraud, liability for the misrepresentation could be rested on the existence of a fiduciary relationship. The amount of compensation (which the court there referred to as the measure of damages) was calculated in terms of the loss at the time of the allotment.

In *Cory*, and for that matter in *Laskin*, the court was also willing to apply the concept of mitigation of damages. Mitigation in equity was also found to be appropriate in *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), and it seems to be implicit in this Court's decision in *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at pp. 667-68. This is consistent with the fact that equity acted on the basis of fairness and justice. The truth is that barring different policy considerations underlying one action or the other, I see no reason why the same basic claim, whether framed in terms of a common law action or an equitable remedy, should give rise to different levels of redress.

United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council, *supra*, gives strong support to this manner of approaching the issue. That case concerned the different routes taken by common law and equity in determining whether time was of the essence in a lease. As in the present case, there was some tendency for these different routes to converge even before the *Judicature Act*, for it must not be forgotten that well before that Act "the evolution of the one system was influenced by the other" (*per* Lord Simon, at p. 944). In *United Scientific*, s. 25 of the Act seems to me to have given appropriate guidance as to how modern courts should approach the situation and I need not closely examine the holding of that case except to bring attention to what the House of Lords thought the interplay of law and equity should be. In a passage with which all the other Law

actions après avoir gagné sa confiance en insistant sur sa propre compétence et sur le fait qu'il possédait des renseignements privés concernant ces actions, et après avoir fait ensuite de fausses déclarations au sujet de la société émettrice. La cour a conclu que, mise à part l'action pour dol, qui nécessite une allégation de fraude, la responsabilité résultant des fausses déclarations pouvait se fonder sur l'existence d'un rapport fiduciaire. Le montant de l'indemnité (que la cour a appelé, dans cette affaire, le montant des dommages-intérêts) a été calculé en fonction de la valeur de la perte au moment de l'attribution des actions.

Dans l'affaire *Cory*, ainsi que dans l'affaire *Laskin*, la cour était en outre disposée à appliquer le concept de la limitation du dommage. La limitation du dommage en *equity* a également été jugée applicable dans l'affaire *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), et c'est ce qui semble ressortir implicitement de notre arrêt *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, aux pp. 667 et 668. Voilà qui est compatible avec le fait que l'*equity* repose sur l'équité et la justice. À vrai dire, en l'absence de considérations de principe différentes qui sous-tendent l'une ou l'autre action, je ne vois aucune raison pour laquelle essentiellement la même demande, qu'il s'agisse d'une action en common law ou en *equity*, devrait donner lieu à différents niveaux de redressement.

L'arrêt *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, précité, appuie fortement cette façon d'aborder la question. Cette affaire concernait les voies différentes empruntées par la common law et l'*equity* pour déterminer si le délai est de rigueur dans un bail. Comme nous l'avons constaté en l'espèce, ces voies différentes tendaient à converger jusqu'à un certain point même avant la *Judicature Act*, car il ne faut pas oublier que, bien avant l'adoption de cette loi, [TRADUCTION] «l'évolution d'un système était influencée par l'autre» (lord Simon, à la p. 944). Dans l'affaire *United Scientific*, me semble-t-il, l'art. 25 de la Loi donnait des indications utiles quant à la façon dont les tribunaux modernes devraient aborder cette situation et il n'est pas nécessaire d'entreprendre un examen minutieux de cet arrêt, si ce n'est pour attirer l'attention sur ce que devrait être, de

Lords agreed, Lord Diplock had this to say, at pp. 924-25:

My Lords, if by “rules of equity” is meant that body of substantive and adjectival law that, prior to 1875, was administered by the Court of Chancery but not by courts of common law, to speak of the rules of equity as being part of the law of England in 1977 is about as meaningful as to speak similarly of the Statutes of Uses or of Quia Emptores. Historically all three have in their time played an important part in the development of the corpus juris into what it is today; but to perpetuate a dichotomy between rules of equity and rules of common law which it was a major purpose of the Supreme Court of Judicature Act 1873 to do away with, is, in my view, conducive to erroneous conclusions as to the ways in which the law of England has developed in the last hundred years.

Your Lordships have been referred to the vivid phrase traceable to the first edition of *Ashburner, Principles of Equity* where, in speaking in 1902 of the effect of the Supreme Court of Judicature Act he says (p. 23) “the two streams of jurisdiction” (sc. law and equity) — “though they run in the same channel, run side by side and do not mingle their waters.” My Lords, by 1977 this metaphor has in my view become both mischievous and deceptive. The innate conservatism of English lawyers may have made them slow to recognise that by the Supreme Court of Judicature Act 1873 the two systems of substantive and adjectival law formerly administered by courts of law and Courts of Chancery (as well as those administered by courts of admiralty, probate and matrimonial causes), were fused. As at the confluence of the Rhône and Saône, it may be possible for a short distance to discern the source from which each part of the combined stream came, but there comes a point at which this ceases to be possible. If Professor Ashburner’s fluvial metaphor is to be retained at all, the waters of the confluent streams of law and equity have surely mingled now.

This approach was followed in the Ontario Court of Appeal in *LeMesurier v. Andrus*, *supra*, where that court, in the face of its own recent contrary *dicta*, held that where specific performance with an abate-

l’avis de la Chambre des lords, l’interaction de la common law et de l’*equity*. Dans un passage auquel ont souscrit tous les autres lords juges, lord Diplock affirme, aux pp. 924 et 925:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, si par «règles d’*equity*» il faut entendre l’ensemble composé du droit positif et de la procédure qui, antérieurement à 1875, était administré par la Cour de la chancellerie et non par les tribunaux de common law, affirmer que les règles d’*equity* font partie du droit d’Angleterre en 1977 n’a pas plus de sens que d’en dire autant des Statutes of Uses ou des lois de Quia Emptores. Historiquement, elles ont toutes les trois, chacune à son époque, joué un rôle important dans la conception du corpus juris que nous connaissons aujourd’hui. Toutefois, la perpétuation d’une dichotomie entre les règles d’*equity* et celles de common law, dichotomie dont la suppression constituait un objectif majeur de la Supreme Court of Judicature Act 1873, prête, selon moi, à des conclusions erronées quant aux façons dont le droit d’Angleterre a évolué au cours des cent dernières années.

On a renvoyé vos Seigneuries à l’expression pittoresque employée dans la première édition d’*Ashburner, Principles of Equity* où, parlant, en 1902, de l’effet de la Supreme Court of Judicature Act, l’auteur dit (p. 23): «les deux courants juridictionnels» (savoir la common law et l’*equity*), «quoiqu’ils partagent le même lit, coulent l’un à côté de l’autre, sans que leurs eaux ne se confondent.» Vos Seigneuries, je crois qu’en 1977 cette métaphore est devenue à la fois pernicieuse et trompeuse. Il se peut que le conservatisme inné des avocats anglais ait fait qu’ils tardent à reconnaître que la Supreme Court of Judicature Act 1873 a eu pour effet de fusionner les deux systèmes de droit positif et de procédure auparavant administrés par les tribunaux de common law et les cours de la chancellerie (de même que ceux administrés par les tribunaux ayant compétence en matières maritime, successorale et matrimoniale). De même qu’il peut être possible au confluent du Rhône et de la Saône de discerner à une faible distance la provenance de chaque partie des eaux réunies, passé un certain point cela devient impossible. Or, pour autant qu’il faille retenir la métaphore fluviale du professeur Ashburner, les eaux des courants confluents de la common law et de l’*equity* sont sûrement confondues maintenant.

Cette approche a été suivie par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *LeMesurier v. Andrus*, précitée, où, malgré les opinions incidentes qu’elle avait récemment exprimées dans le sens contraire, ladite

ment is available to a vendor, he must equally be entitled, where he has sold to another to mitigate his damages, to the common law remedy of damages with an "abatement" or reduction in those damages for the deficiency of title. What made this possible, the court reasoned (at p. 9), was that "[w]hatever the original intention of the Legislature, the fusion of law and equity is now real and total", citing Lord Diplock's statement. Lambert J.A., in the present case, adopted a similar approach.

The most dramatic example of this approach is the New Zealand case of *Day v. Mead* to which I have previously referred. Mead, Day's solicitor, acted for him for many years in connection with land subdivision projects and other ventures. None of the investments could fairly be described as speculative until those that gave rise to the litigation. These concerned a newly formed company, Pacific Mills Ltd., of which Mead was a director and shareholder. The investment and the decision of the trial judge are conveniently set forth in the headnote to the case, at p. 443, as follows:

In July 1977, acting on Mead's advice, Day purchased 20,000 shares, at \$1 per share, in Pacific Mills, knowing that Mead was a shareholder and that his firm's nominee company had lent money to Pacific Mills. After this initial investment of \$20,000, Day took an interest in the company's business, regularly visiting its paper-mill factory and attending a couple of directors' meetings as an onlooker. Then, in December 1977, once again acting on Mead's advice, Day subscribed for a further 80,000 shares in the company at a cost of \$80,000. In March 1978 the company went into receivership, and Day lost both investments. He sued Mead for his loss plus interest, claiming breach of fiduciary duty. The High Court Judge held that Mead was in breach of his fiduciary duty to Day in failing to refer Day to an independent solicitor and in failing to inform him of the management and financial difficulties facing the company. The Judge further held that Day was entitled to full compensation for his first investment, but, as Day was equally to blame for the loss of his second investment due to his business experience and his involvement with the company between July and December

cour a statué que, dans un cas où un vendeur a droit à l'exécution intégrale avec réduction, il doit avoir droit également, lorsqu'il a vendu à un tiers pour limiter ses dommages, au redressement, offert par la common law, de dommages-intérêts avec «réduction» du montant en raison de l'absence de droit de propriété. Cela était possible, suivant le raisonnement de la cour (à la p. 9), parce que [TRADUCTION] «[q]uelle qu'ait pu être l'intention initiale du législateur, la fusion de la common law et de l'*equity* est maintenant réelle et totale», pour reprendre l'affirmation de lord Diplock. En l'espèce, le juge Lambert de la Cour d'appel a adopté un point de vue analogue.

L'exemple le plus frappant de ce point de vue se trouve dans l'affaire néo-zélandaise *Day v. Mead*, que j'ai déjà mentionnée. Mead, l'avocat de Day, représentait ce dernier depuis bien des années relativement à des projets de lotissement immobilier et à d'autres entreprises. Aucun des placements ne pouvait vraiment être qualifié de spéculatif avant que n'interviennent ceux à l'origine du litige. Ces derniers concernaient une société nouvellement constituée, la Pacific Mills Ltd., dont Mead était administrateur et actionnaire. Le sommaire de l'affaire contient un exposé pratique de la nature du placement et de la décision du juge de première instance, à la p. 443:

[TRADUCTION] En juillet 1977, suivant les conseils de Mead, Day s'est porté acquéreur de 20 000 actions de Pacific Mills au prix unitaire d'un dollar, tout en sachant que Mead était actionnaire et que la société désignée de son cabinet avait prêté des fonds à Pacific Mills. À la suite de ce placement initial de 20 000\$, Day s'est intéressé aux affaires de la société, visitant régulièrement son usine de papier et assistant à titre d'observateur à une ou deux réunions du conseil d'administration. Puis, en décembre 1977, suivant de nouveau les conseils de Mead, Day a acquis 80 000 autres actions de la société au prix de 80 000\$. En mars 1978, la société a été mise sous séquestre et Day a perdu ses deux placements. Alléguant le manquement à une obligation fiduciaire, il a poursuivi Mead en recouvrement de sa perte plus les intérêts. Le juge de la Haute Cour a décidé que Mead avait manqué à l'obligation fiduciaire qu'il avait envers Day, en ne le renvoyant pas à un avocat indépendant et en ne l'informant des difficultés qu'éprouvait la société sur le double plan de la gestion et des finances. Le juge a statué en outre que Day avait droit au recouvrement intégral de son placement initial mais que, comme Day

1977, he was entitled to compensation for only half that investment. The Judge awarded Day damages of \$60,000, but refused interest on the grounds of Day's delay in bringing the case to trial.

The Court of Appeal affirmed the decision of the trial judge except as to the matter of interest, an issue I need not discuss here. It agreed that Mead, though he acted quite innocently, was, having regard to the circumstances, in breach of fiduciary duties. In the absence of complete disclosure of the various conflicts of interest, he should have referred Day to an independent adviser and should have informed him of the problems faced by the company.

What is important for our purposes is the manner in which the Court of Appeal dealt with compensation, and in particular the question whether the compensation could be reduced in respect of the second investment in 1977 because of Day's contributory negligence. Like the trial judge, it concluded that it was proper to apportion the loss. In its view, not only was this justifiable on the basis of equitable principles, but law and equity had become so merged in this area that the principles of contribution should apply. As well, judge-made law was quite properly affected by legislative action, there the *Contributory Negligence Act*, and by other current trends. Having reviewed a number of cases where there was an intermingling of common law and equitable principles, Cooke P. continued, at p. 451:

These developments accord with what is probably the most authoritative modern exposition of the effect that should be accorded to the Judicature Acts in England, namely the speech of Lord Diplock in *United Scientific Holdings Ltd v Burnley Borough Council* [1978] AC 904, 924-927. As Lord Diplock put it, law and equity have mingled now; the Acts did not bring to a sudden halt the whole process of development of the common law of England that had been so notable a feature of the preceding decades; the legislation placed no ban upon further development of substantive rules by judicial decision. I respectfully subscribe to such views, as will

était tout aussi responsable de la perte de son second placement en raison de son expérience des affaires et de sa participation aux activités de la société entre juillet et décembre 1977, il n'avait droit au recouvrement que de la moitié de ce dernier placement. Le juge a accordé à Day 60 000 \$ de dommages-intérêts, mais a refusé de lui adjuger des intérêts parce qu'il avait tardé à faire instruire l'action.

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance, sauf en ce qui concerne la question des intérêts qu'il ne m'est pas nécessaire de traiter ici. Elle a convenu que Mead, bien qu'il ait agi tout à fait innocemment, a, eu égard aux circonstances, manqué à des obligations fiduciaires. En l'absence d'une divulgation complète des différents conflits d'intérêts, il aurait dû renvoyer Day à un conseiller indépendant et aurait dû le mettre au courant des problèmes auxquels la société faisait face.

Ce qui importe à nos fins, c'est la manière dont la Cour d'appel a tranché la question de l'indemnisation et, en particulier, celle de savoir si l'indemnité relative au second placement de 1977 pouvait être réduite en raison de la négligence contributive de Day. À l'instar du juge de première instance, elle a conclu qu'il convenait de répartir la perte. D'après la cour, cela était non seulement justifié par les principes d'*equity*, mais encore la common law et l'*equity* étaient à ce point confondues dans ce domaine qu'il y avait lieu d'appliquer les principes de la faute partagée. De plus, le droit prétorien était à très juste titre influencé par des mesures législatives, en l'occurrence la *Contributory Negligence Act*, et par d'autres tendances du jour. Ayant passé en revue un certain nombre de précédents où les principes de common law venaient se confondre avec ceux de l'*equity*, le président Cooke ajoute, à la p. 451:

[TRADUCTION] Ces innovations concordent avec ce qui est probablement l'exposé moderne qui fait le plus autorité quant à l'effet que devraient avoir les Judicature Acts en Angleterre, savoir les propos de lord Diplock dans l'affaire *United Scientific Holdings Ltd v Burnley Borough Council* [1978] AC 904, aux pp. 924 à 927. Pour reprendre les termes de lord Diplock, la common law et l'*equity* sont maintenant confondues; ces lois n'ont pas subitement arrêté tout le processus de conception de la common law d'Angleterre, qui avait été une caractéristique si remarquable des décennies précédentes. Ces lois n'interdisaient aucunement la continua-

be apparent from *Hayward v Giordani* [1983] NZLR 140, 148.

Compensation or damages in equity were traditionally said to aim at restoration or restitution, whereas common law tort damages are intended to compensate for harm done; but in many cases, the present being one, that is a difference without a distinction. There is, however, the more significant historical difference that Courts of equity were regarded as having wider discretions than common law Courts. Equitable relief was said to be always discretionary. Its grant or refusal was influenced by ideas expressed in sundry maxims. He who seeks equity must do equity. He who seeks equity must come with clean hands. Delay defeats equity. These are merely examples. Further, relief could be granted on terms or conditions.

Whether or not there are reported cases in which compensation for breach of a fiduciary obligation has been assessed on the footing that the plaintiff should accept some share of the responsibility, there appears to be no solid reason for denying jurisdiction to follow that obviously just course, especially now that law and equity have mingled or are interacting. It is an opportunity for equity to show that it has not petrified and to live up to the spirit of its maxims. Moreover, assuming that the Contributory Negligence Act does not itself apply, it is nevertheless helpful as an analogy, on the principle to which we in New Zealand are increasingly giving weight that the evolution of Judge-made law may be influenced by the ideas of the legislature as reflected in contemporary statutes and by other current trends: compare *Dominion Rent A Car Ltd v Budget Rent a Car Systems (1970) Ltd* [1978] 2 NZLR 395, citing *Erven Warnink v J Townend & Sons (Hull) Ltd* [1979] AC 731, 743 per Lord Diplock.

I agree with this approach. As I have attempted to demonstrate, it would be possible to reach this result following a purely equitable path. I agree with Cooke P. that the maxims of equity can be flexibly adapted to serve the ends of justice as perceived in our days.

tion de la conception des règles de fond par les tribunaux. Comme le révèle la décision *Hayward v Giordani* [1983] NZLR 140, à la p. 148, je souscris, en toute déférence, à ces points de vue.

^a L'indemnisation ou les dommages-intérêts en *equity* étaient traditionnellement considérés comme visant à rétablir la situation antérieure ou à effectuer la restitution, tandis que les dommages-intérêts accordés en common law par suite d'un délit civil sont destinés à dédommager du préjudice subi; mais dans bien des cas, comme en l'espèce, c'est là une différence qui ne comporte aucune distinction. Il y a toutefois cette différence historique, plus importante d'ailleurs, qu'on reconnaissait aux tribunaux d'*equity* des pouvoirs discrétionnaires plus larges que ceux des tribunaux de common law. Les redressements d'*equity* étaient, disait-on, toujours discrétionnaires. La décision de les accorder ou de les refuser était influencée par les idées qu'exprimaient diverses maximes. Quiconque veut l'équité doit agir équitablement. Quiconque veut l'équité doit avoir les mains propres. Le manque de diligence fait échec à l'équité. Ce ne sont là que quelques exemples. Il était possible, en outre, d'accorder un redressement sous réserve de certaines modalités ou conditions.

^e Qu'il existe ou non des décisions publiées dans lesquelles l'indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire a été fixée à partir de l'idée que le demandeur devrait assumer une partie de la responsabilité, il ne semble y avoir aucun motif sérieux de refuser d'admettre la compétence pour agir de cette façon manifestement juste, compte tenu surtout de la fusion ou de l'interaction actuelles de la common law et de l'*equity*. C'est une occasion pour l'*equity* de prouver qu'elle n'est pas sclérosée et de respecter l'esprit de ses maximes. De plus, à supposer que la *Contributory Negligence Act* soit elle-même inapplicable, elle est néanmoins utile à titre analogique, suivant le principe, auquel nous donnons de plus en plus de poids en Nouvelle-Zélande, voulant que l'évolution du droit prétorien puisse être influencée par les idées du législateur reflétées dans les lois contemporaines et par d'autres tendances actuelles: cf. *Dominion Rent A Car Ltd v Budget Rent a Car Systems (1970) Ltd* [1978] 2 NZLR 395, citant *Erven Warnink v J Townend & Sons (Hull) Ltd* [1979] AC 731, à la p. 743, lord Diplock.

Je souscris à ce point de vue. Comme j'ai tenté de le démontrer, il serait possible d'aboutir à ce résultat en ayant recours uniquement à l'*equity*. Je partage l'avis du président Cooke, selon lequel les maximes de l'*equity* possèdent une souplesse qui permet de les

They are not rules that must be rigorously applied but malleable principles intended to serve the ends of fairness and justice. Viscount Haldane reminded us in *Nocton v. Lord Ashburton* of the elasticity of equitable remedies. But in this area, it seems to me, even the path of equity leads to law. The maxim that "equity follows the law" (though I realize that it has traditionally been used only where the Courts of Chancery were called in the course of their work to apply common law concepts) is not out of place in this area where law and equity have long overlapped in pursuit of their common goal of affording adequate remedies against those placed in a position of trust or confidence when they breach a duty that reasonably flows from that position. And, as I have indicated, willy-nilly the courts have tended to merge the principles of law and equity to meet the ends of justice as it is perceived in our time. That, in effect, is what was done in *Jacks v. Davis*, *supra*, and by the courts below in the instant case. As I see it, this is both reasonable and proper. It is worth observing that while the breakthrough in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, *supra*, took place in a common law context, it finds its roots in equitable principles; see Gummow in *Equity, Fiduciaries and Trusts*, *supra*, at pp. 60-61; Davidson, *supra*, at pp. 370-71.

Lord Diplock's remark to the effect that the two streams of common law and equity have now mingled and interact are abundantly evident in this area. That is as it should be because in this particular area law and equity have for long been on the same course and whether one follows the way of equity through a flexible use of the relatively undeveloped remedy of compensation, or the common law's more developed approach to damages is of no great moment. Where "the measure of duty is the same", the same rule should apply; see Somers J. in *Day v. Mead*, *supra*, at p. 457. Only when there are different policy objectives should equity engage in its well-known flexibil-

adapter à la réalisation des objets de la justice telle que perçue de nos jours. Ce sont non pas des règles à appliquer rigoureusement, mais des principes malléables destinés à favoriser l'équité et la justice. Le vicomte Haldane nous rappelle, dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, la souplesse des redressements d'*equity*. Il me semble toutefois que, dans ce domaine, même la voie de l'*equity* mène à la common law. Bien que je me rende compte que, traditionnellement, elle n'a été invoquée que dans les cas où les cours de la chancellerie étaient appelées, dans l'exercice de leurs fonctions, à appliquer des concepts de common law, la maxime selon laquelle «l'*equity* suit la common law» a sa place dans ce domaine où la common law et l'*equity* se chevauchent depuis longtemps dans la poursuite de leur objectif commun d'accorder des redressements adéquats chaque fois qu'une personne, à qui on fait confiance en raison de sa situation, manque à une obligation découlant raisonnablement de cette situation. Et, comme je l'ai indiqué, les tribunaux, bon gré mal gré, ont eu tendance à fusionner les principes de common law et d'*equity* afin de réaliser les objets de la justice telle que perçue de nos jours. C'est ce qui s'est passé en réalité dans l'affaire *Jacks v. Davis*, précitée, et devant les tribunaux d'instance inférieure en l'espèce. Selon moi, cela est à la fois raisonnable et légitime. Il convient de faire remarquer que, même si la percée que représente l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, précité, a eu lieu dans un contexte de common law, elle tire son origine de principes d'*equity*; voir Gummow, dans *Equity, Fiduciaries and Trusts*, *loc. cit.*, aux pp. 60 et 61; Davidson, *loc. cit.*, aux pp. 370 et 371.

L'observation de lord Diplock, selon laquelle les deux courants de la common law et de l'*equity* sont maintenant confondus et en interaction, tient de la plus grande évidence dans ce domaine. Cela est comme il se doit puisqu'il s'agit d'un domaine où la common law et l'*equity* suivent depuis longtemps la même voie et il importe peu qu'on adopte la méthode de l'*equity* en se servant avec souplesse du redressement relativement peu développé de l'indemnisation ou qu'on ait recours au redressement de common law plus développé que représentent les dommages-intérêts. Lorsque [TRADUCTION] «la portée de l'obligation est identique», la même règle devrait s'appliquer;

ity to achieve a different and fairer result. The foundation of the obligation sought to be enforced, Somers J. notes at p. 458, is "the trust or confidence reposed by one and accepted by the other or the assumption to act for the one by that other". That being so, it would be odd if a different result followed depending solely on the manner in which one framed an identical claim. What is required is a measure of rationalization. I fully concur with the following statement of Somers J., at p. 458:

I am disposed to think that the equitable and common law obligations as to disclosure, use of confidential information, and want of care discernible in the cases are now but particular instances of duties imposed by reason of the circumstances in which each party stands to the other and that while the particular remedy for breach of duty may depend upon the way the case has developed, equity and the law are set upon the same course.

I am aware that reservations have been expressed in some quarters about this fusion or, perhaps more accurately, mingling of law and equity; see Hanbury and Maudsley, *Modern Equity* (12th ed. 1985), at pp. 22-26. But no case was brought to our attention where it has led to confusion, and there are many cases, some of which I have discussed, where it has made possible a just and reasonable result. It simply provides a general, but flexible, approach that allows for direct application of the experience and best features of both law and equity, whether the mode of redress (the cause of action or remedy) originates in one system or the other. There might be room for concern if one were indiscriminately attempting to meld the whole of the two systems. Equitable concepts like trusts, equitable estates and consequent equitable remedies must continue to exist apart, if not in isolation, from common law rules. But when one moves to fiduciary relationships and the law regarding misstatements, we have a situation where now the courts of common law, now the courts of equity

voir les motifs du juge Somers dans l'affaire *Day v. Mead*, précitée, à la p. 457. Seule l'existence de différents objectifs de principe devrait permettre le recours à la souplesse bien connue de l'*equity* afin d'obtenir un résultat différent et plus équitable. L'obligation qu'on cherche à faire respecter repose, indique le juge Somers, à la p. 458, sur [TRADUCTION] «la confiance accordée par une personne et acceptée par l'autre ou le fait pour cette dernière de prendre la responsabilité d'agir pour l'autre». Cela étant, il serait étrange que le résultat varie uniquement en fonction de la manière dont on formule des demandes identiques. Une certaine mesure de rationalisation s'impose. À ce propos, je souscris entièrement à l'énoncé suivant du juge Somers, à la p. 458:

[TRADUCTION] Je suis porté à croire que les obligations, se dégageant de la jurisprudence, imposées par l'*equity* et la common law en ce qui concerne la divulgation, l'utilisation de renseignements confidentiels et le manque de diligence ne constituent maintenant que des exemples précis d'obligations résultant des circonstances dans lesquelles chaque partie se trouve par rapport à l'autre, et que, bien que le redressement particulier à accorder pour le manquement à une obligation puisse dépendre de la façon dont l'affaire a évolué, l'*equity* et la common law sont engagées dans la même voie.

Je suis conscient que d'aucuns ont exprimé des doutes quant à cette fusion ou, plus précisément peut-être, quant à ce mélange de la common law et de l'*equity*; voir Hanbury et Maudsley, *Modern Equity* (12^e éd. 1985), aux pp. 22 à 26. Mais on ne nous a mentionné aucun cas où cela a engendré de la confusion. Par contre, il existe bien des cas où cette situation a permis d'aboutir à un résultat juste et raisonnable et j'en ai analysé un certain nombre. Cela fournit simplement une méthode générale, mais souple, qui permet d'appliquer directement l'expérience et les meilleures caractéristiques de la common law et de l'*equity*, peu importe que le redressement (la cause d'action ou le recours) émane d'un système ou de l'autre. Une certaine inquiétude se justifierait peut-être s'il s'agissait d'une tentative de mélanger aveuglément les deux systèmes au complet. Les concepts d'*equity*, tels que les fiducies, les droits de propriété en *equity* et les redressements d'*equity* qui s'ensuivent doivent continuer à exister, sinon isolément, du moins indépendamment des règles de common law.

moved forward to provide remedies where a person failed to meet the trust or confidence reposed in that person. There was throughout considerable overlap. In time the common law outstripped equity and the remedy of compensation became somewhat atrophied. Under these circumstances, why should it not borrow from the experience of the common law? Whether the courts refine the equitable tools such as the remedy of compensation, or follow the common law on its own terms, seems not particularly important where the same policy objective is sought.

Where a situation requires different policy objectives, then the remedy may be found in the system that appears more appropriate. This will often be equity. Its flexible remedies such as constructive trusts, account, tracing and compensation must continue to be moulded to meet the requirements of fairness and justice in specific situations. Nor should this process be confined to pre-existing situations. Lord Diplock has reminded us that the regime of conjoint application of law and equity introduced by the *Judicature Act* must not be seen as bringing to a halt the process of development of substantive law in both great systems of judicially created law. And this Court in cases such as *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley, supra*, and *Lac Minerals, supra*, to name but two, has not been slow to accept this counsel.

But, as these cases underline, equity cannot be rigidly applied. Its doctrines must be attuned to different circumstances. Quite obviously not all fiduciary obligations are the same. It would be wholly inappropriate to interpret equitable doctrines so technically as to displace common law rules that achieve substantial justice in areas of common concern, thereby leading to harsh and inequitable results. I wholeheartedly reject the notion advanced by the appellants that the Court of Appeal fell "into error because of a mis-

Dans le cas des rapports fiduciaires et du droit applicable aux déclarations inexactes, nous nous trouvons devant une situation où tantôt les tribunaux de common law, tantôt les tribunaux d'*equity*, ont entrepris d'accorder des redressements lorsqu'une personne abusait de la confiance que lui avait témoignée une autre personne. Il y a toujours eu une grande mesure de chevauchement. Avec le temps, la common law est venue à devancer l'*equity* et le redressement sous forme d'indemnisation s'est quelque peu atrophié. Dans ces circonstances, pourquoi l'*equity* ne devrait-elle pas emprunter à la common law? Que les tribunaux décident d'améliorer les outils, comme le redressement sous forme d'indemnisation, fournis par l'*equity*, ou de suivre exactement la common law, cela ne paraît pas particulièrement important lorsque c'est le même objectif de principe qui est poursuivi.

Si une situation nécessite la poursuite de différents objectifs de principe, on peut alors chercher le redressement dans le système qui paraît convenir le mieux. Souvent, ce sera l'*equity*. Ses redressements souples, tels que les fiducies par interprétation, la reddition de compte, le droit de suite et l'indemnisation, doivent donc continuer à être façonnés de manière à satisfaire aux exigences de l'équité et de la justice dans des situations précises. Ce processus ne devrait pas non plus se limiter aux situations déjà évaluées par les tribunaux. Lord Diplock nous rappelle en effet qu'il ne faut pas considérer le régime d'application conjointe de la common law et de l'*equity*, instauré par la *Judicature Act*, comme arrêtant le processus de conception du droit positif dans les deux grands systèmes de droit prétorien. Et c'est là un conseil que notre Cour n'a pas hésité à accepter dans des arrêts comme *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley* et *Lac Minerals*, précités, pour ne nommer que ceux-là.

Mais, comme le souligne cette jurisprudence, l'*equity* ne saurait s'appliquer rigidement. Ses principes doivent être adaptés à différentes circonstances. Il est bien évident que toutes les obligations fiduciaires ne sont pas identiques. Il ne conviendrait pas du tout de donner aux principes d'*equity* une interprétation à ce point formaliste qu'elle écarterait des règles de common law qui assurent un degré considérable de justice dans des domaines qui relèvent des deux systèmes, laquelle interprétation entraînerait

placed concern with concepts of common sense and reasonableness". I would have thought these concerns were central to both common law and equity.

It was said, however, that the approach is necessary to sustain fiduciary relationships. I do not accept that there is need to strengthen the fiduciary position to the point of unnecessary harshness. Both the common law and equity sufficiently support the fiduciary position by compensating the victim of the breach of confidence. Damages equivalent to those for deceit would seem sufficient to meet both these ends. That was the level of compensation awarded by the courts below and neither party contested its appropriateness.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J.—I have read the draft judgment of my colleague, La Forest J. and agree with his conclusion and am in substantial agreement with his reasoning.

I part company with his reasoning on two points.

1. Compensation as a Remedy

Firstly, while I am in agreement that compensation here should not be determined in the same way as a court of equity would determine compensation in the case of a claim against a trustee, I would not define compensation in equity as merely putting the plaintiff in as good a position as the plaintiff was before the breach. In *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134, the Defendant actually took title to the principal's property and I would have been inclined to

ainsi des résultats à la fois durs et inéquitables. Je rejette catégoriquement la notion avancée par les appelantes, selon laquelle la Cour d'appel a commis [TRADUCTION] «une erreur en insistant à tort sur les concepts du bon sens et du caractère raisonnable». J'aurais cru en fait que ces préoccupations se trouvent au cœur même de la common law et de l'*equity*.

On a prétendu cependant qu'un tel point de vue s'impose pour soutenir les rapports fiduciaires. Quant à moi, je n'admets pas qu'il soit nécessaire de recourir à une rigueur démesurée pour renforcer les rapports fiduciaires. Aussi bien la common law que l'*equity* accordent un soutien suffisant aux rapports fiduciaires en indemnisant la victime de l'abus de confiance. Des dommages-intérêts égaux à ceux attribués dans le cas du dol sembleraient suffisants pour atteindre ces deux objectifs. C'est précisément ce niveau d'indemnisation qu'ont accordé les tribunaux d'instance inférieure et ni l'une ni l'autre partie n'a contesté son caractère approprié.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge La Forest. Je souscris à sa conclusion et j'approuve pour l'essentiel son raisonnement.

Mon opinion diverge cependant de la sienne sur deux points.

1. L'indemnisation en tant que redressement

D'abord, tout en convenant que l'indemnité en l'espèce ne devrait pas être déterminée de la même façon que le ferait un tribunal d'*equity* dans le cas d'une action contre un fiduciaire, je ne définirais pas l'indemnisation en *equity* comme se bornant à mettre le demandeur dans une situation aussi avantageuse que celle où il se trouvait avant le manquement. Dans l'affaire *McKenzie v. McDonald*, [1927] V.L.R. 134, le défendeur a effectivement acquis la propriété du bien-fonds de sa mandante et, pour ma part, j'aurais été enclin à lui faire rendre le bénéfice réalisé. Or, il ne s'agit pas en l'espèce de la réalisation d'un béné-

make him disgorge the profit. This case is not one of profit making and restitutionary concepts do not fit.

On the other hand, I think Viscount Haldane was correct in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, at p. 958, when he says that the measure of damages in a compensation claim may not always be the same as in an action of deceit or negligence. The thrust of the article by Davidson, "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349, is that compensation in equity differs from damages, particularly, of course, where equity is looking at restitution. The difference is also helpfully discussed by Gummow J., writing extra-judicially, in "Compensation for Breach of Fiduciary Duty", in Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989).

In my view a court of equity, applying principles of fairness, would and should draw the line at calling upon the fiduciary to compensate for losses arising as a result of the unanticipated neglect of the engineers and pile driving contractor. The fiduciary had nothing to do with their selection, their control, their contractual or bonding obligations. It follows that I agree with the trial judge and the British Columbia Court of Appeal that these losses are too remote, not in the sense of failing the "but for" test, but in being so unrelated and independent that they should not, in fairness, be attributed to the defendant's breach of duty.

2. The Fusion of Law and Equity

I do not think that the so-called fusion of law and equity has anything to do with deciding this case. If it did, the rules of equity would prevail. I greatly fear that talk of fusing law and equity only results in confusing and confounding the law. I do agree that equity is not frozen at the time of the *Judicature Acts*.

ficie et il ne convient pas d'appliquer les concepts de restitution.

Par contre, je crois que le vicomte Haldane a eu raison de dire, dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, à la p. 958, qu'il se peut que la somme à accorder dans le cas d'une demande d'indemnisation ne se calcule pas toujours de la même façon que dans une action pour dol ou pour négligence. L'article de Davidson, intitulé «The Equitable Remedy of Compensation» (1982), 13 *Melb. U.L. Rev.* 349, porte essentiellement que l'indemnisation en *equity* diffère des dommages-intérêts, particulièrement, bien entendu, lorsque l'*equity* envisage la restitution. Le juge Gummow fait lui aussi une analyse utile de cette différence dans son article intitulé «Compensation for Breach of Fiduciary Duty», publié dans Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989).

Selon moi, un tribunal d'*equity*, qui applique les principes d'équité, n'irait pas, ni ne devrait aller, jusqu'à sommer la personne soumise à une obligation fiduciaire de procéder à l'indemnisation des pertes résultant de la négligence imprévue des ingénieurs et de l'entreprise de battage de pieux. La personne soumise à une obligation fiduciaire n'avait nullement participé à leur sélection ou à leur surveillance et elle était en outre étrangère à leurs obligations en matière de contrat ou de cautionnement. Il s'ensuit que je suis d'accord avec le juge de première instance et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que ces pertes sont trop indirectes, non pas en ce sens qu'elles ne satisfont pas au critère du «n'eût été», mais du fait qu'elles sont si éloignées et indépendantes qu'elles ne devraient pas, en toute justice, être attribuées au manquement par le défendeur à son obligation.

2. La fusion de la common law et de l'*equity*

Je ne crois pas que la prétendue fusion de la common law et de l'*equity* soit le moins pertinentement en l'espèce. Dans l'hypothèse contraire, ce seraient toutefois les règles de l'*equity* qui l'emporteraient. Je crains beaucoup que parler de la fusion de la common law et de l'*equity* n'ait pour effet que d'apporter la confusion au droit et de faire échec à son application. J'accepte que l'*equity* n'a pas été figée au moment de

But the *Judicature Acts* were not a new *Statute of Uses*.

Nor do I agree that principles of contributory negligence were introduced by fusion. This subject is addressed in the article of Gummow J, to which I referred. Common law contributory negligence was a complete bar to the action which it would be if equity adopted the common law. Moreover, this Court has held that contributory negligence legislation does not apply in a claim for breach of trust: *Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 343, at p. 352 (cited by Gummow). The beneficiary is under no duty to the trustee any more than the plaintiffs here were under any duty to the defendant solicitor. I do not say that a court of equity might not find some losses to be caused by a plaintiff rather than a defendant, and to be too remote in that sense, but it would not do so because of the fusion of law and equity.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Campney & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Guild, Yule & Co., Vancouver.

l'adoption des *Judicature Acts*. Celles-ci ne constituaient cependant pas un nouveau *Statute of Uses*.

Je n'admets pas non plus que la fusion a eu pour effet d'introduire les principes de la négligence contributive. C'est là un sujet qui est abordé dans l'article du juge Gummow, dont j'ai déjà fait mention. En common law, la négligence contributive était un empêchement absolu à l'action, comme ce serait le cas si l'*equity* adoptait la common law. Notre Cour a d'ailleurs statué que la législation en matière de négligence contributive ne s'applique pas à une action pour manquement aux obligations du fiduciaire: *Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 343, à la p. 352 (arrêt cité par Gummow). Le bénéficiaire n'a pas d'obligation envers le fiduciaire, pas plus que les demandereses en l'espèce n'en avaient envers l'avocat défendeur. Je ne dis pas qu'un tribunal d'*equity* ne pourrait pas juger certaines pertes attribuables au demandeur plutôt qu'au défendeur et, dans ce sens-là, trop indirectes, mais ce ne serait pas en raison de la fusion de la common law et de l'*equity* qu'il le ferait.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Campney & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimés: Guild, Yule & Co., Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1991 Vol. 3

and Tables

Cited as [1991] 3 S.C.R. { i-xxxix
593-706

5^e cahier, 1991 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1991] 3 R.C.S. { i-xxxix
593-706

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xxxii
Authors Cited	xxxv
Index	695

Canada (Human Rights Commission) v. Sun Life Assurance Co. of Canada..... 689

Constitutional law — Division of powers — Banks and banking operations — Human rights — Discrimination — Search warrant issued by Canadian Human Rights Commission

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités	xxxiii
Doctrine citée	xxxv
Index	701

Canada (Commission des droits de la personne) c. Sun Life du Canada, cie d'assurance-vie..... 689

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Banques et opérations bancaires — Droits de la personne — Discrimination — Mandat de perquisition décerné par la Commission ca-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

against provincially regulated insurance company (Sun Life) — Complaint made solely against federally regulated company (Bank of Montreal) and not directed at Sun Life — Whether Canadian Human Rights Commission had jurisdiction to issue search warrant against provincially regulated company.

Conseil du Patronat du Québec Inc. v. Quebec (Attorney General)..... 685

Constitutional law — Standing — Employers' association — Motion for declaratory judgment — Whether association has standing to challenge constitutionality of anti-strike-breaking provisions of Labour Code.

Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd. 622

Insurance — Aviation insurance — Exclusions — Carrier's policy containing exclusions pertaining to misrepresentation and number of seats declared — Federal regulation authorizing such exclusions struck down after crash — Whether insurers liable to families of passengers killed in crash — Whether policy void ab initio on account of misrepresentation or extra passenger carried.

R. v. Broyles..... 595

Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Accused visited by friend while in custody — Visit arranged by police — Conversation taped by friend with police body pack — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

Criminal law — Right to silence — Accused visited by friend while in custody — Visit arranged by police — Conversation taped by friend with police body pack — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

Evidence — Tape recording of conversation between accused in custody and a friend — Recording done by the friend wearing police body pack — Visit arranged by police — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

nadienne des droits de la personne contre une compagnie d'assurances à charte provinciale (Sun Life) — Plainte visant uniquement la société à charte fédérale (Banque de Montréal) et non la Sun Life — La Commission canadienne des droits de la personne a-t-elle compétence pour décerner un mandat de perquisition contre une société à charte provinciale?

Conseil du Patronat du Québec Inc. c. Québec (Procureur Général)..... 685

Droit constitutionnel — Intérêt ou qualité pour agir — Association d'employeurs — Requête en jugement déclaratoire — L'association a-t-elle un intérêt suffisant pour contester la constitutionnalité des dispositions "anti-briseurs" de grève du Code du travail?

Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd. 622

Assurance — Assurance aviation — Exclusions — Police du transporteur contenant des exclusions relatives aux fausses déclarations et au nombre de sièges déclarés — Règlement fédéral autorisant de telles exclusions invalidé à la suite de l'écrasement — Les assureurs sont-ils responsables envers les familles des passagers morts dans l'écrasement? — La police était-elle nulle ab initio en raison des fausses déclarations ou du passager additionnel transporté?

R. c. Broyles..... 595

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Visite d'un ami à un accusé détenu sous garde — Visite organisée par la police — Conversation enregistrée par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — La preuve viole-t-elle le droit de garder le silence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

Droit criminel — Droit de garder le silence — Visite d'un ami à un accusé détenu sous garde — Visite organisée par la police — Conversation enregistrée par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — La preuve viole-t-elle le droit de garder le silence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

Preuve — Enregistrement d'une conversation entre un accusé détenu sous garde et un ami — Enregistrement réalisé par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — Visite organisée par la police — La preuve viole-t-elle le droit de garder le si-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. C. (C.M.) 683

Criminal law — Threats — Diminutive female security clerk touching appellant on arm — Appellant responding with obscenities and threat to punch her in mouth — Appellant arrested for uttering threat — Whether or not appellant's reaction to assault justified.

R. v. Gimson..... 692

Criminal law — Search and seizure — Search warrant issued under Narcotics Control Act for private dwelling house — Fear that evidence could be destroyed — Police not required to announce presence if it is necessary to prevent destruction of evidence.

R. v. S. (D.)..... 681

Criminal law — Uttering threats — Young offender convicted of threatening death — Trial judge considering inadmissible and prejudicial evidence — Curative provision in Criminal Code not applicable — Conviction quashed.

R. v. Salituro 654

Criminal law — Evidence — Witnesses — Competency — Spouses — Husband charged with using forged document after forging wife's name on cheque and cashing it — Spouses separated without any reasonable possibility of reconciliation — Whether wife of accused competent witness for prosecution — Whether appropriate case for court to change common law rule of spousal incompetence.

R. v. Tessier 687

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Police officer sealing blood samples taken from accused for medical purposes — Samples later analyzed pursuant to valid search warrant — Whether s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Blood samples sealed by police later analyzed pursuant to valid search warrant — Whether accused's right to protection against unreasonable search and seizure infringed — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. Vaughan..... 691

Criminal law — Prohibited weapons — Knife with blade opening automatically through centrifugal force — Whether knife a prohibited weapon.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

lence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(ii), b)(iii).

R. c. C. (C.M.) 683

Droit criminel — Menaces — Un agent de sécurité de petite taille touche le bras de l'appellant — L'appellant lui répond des obscénités et menace de lui casser la gueule — L'appellant est arrêté pour avoir proféré une menace — La réaction de l'appellant à l'attaque est-elle justifiée?

R. c. Gimson..... 692

Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Mandat décerné conformément à la Loi sur les stupéfiants en vue de perquisitionner dans une maison d'habitation privée — Crainte que des éléments de preuve puissent être détruits — La police n'a pas à annoncer sa présence si cela s'avère nécessaire pour empêcher la destruction d'éléments de preuve.

R. c. S. (D.)..... 681

Droit criminel — Menaces — Jeune contrevenant déclaré coupable d'avoir proféré des menaces de mort — Examen par le juge du procès d'éléments de preuve inadmissibles et préjudiciables — Inapplicabilité de la disposition réparatrice du Code criminel — Annulation de la déclaration de culpabilité.

R. c. Salituro 654

Droit criminel — Preuve — Témoins — Habilité — Conjoints — Mari accusé d'avoir utilisé un document contrefait après avoir imité la signature de son épouse sur un chèque et l'avoir encaissé — Conjoints séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation — L'épouse de l'accusé est-elle habile à témoigner pour la poursuite? — Cette affaire se prête-t-elle à un changement par la cour de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner?

R. c. Tessier 687

Droit constitutionnel — Charte des droits — Perquisition, fouille et saisie abusives — Policier ayant scellé des échantillons de sang pris sur un accusé à des fins médicales — Échantillons analysés par la suite en vertu d'un mandat de perquisition valide — Y a-t-il eu violation de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recevabilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Échantillons de sang scellés par la police et analysés par la suite en vertu d'un mandat de perquisition valide — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives a-t-il été violé? — Dans l'affirmative,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Zaidan Group Ltd. v. London (City) 593

Restitution — Unjust enrichment — Taxpayer successfully appealing municipal tax assessment — City refunding overpayment of taxes — Taxpayer claiming interest allegedly earned by city on overpayment — Statute empowering city to pass by-law authorizing interest payments on tax overpayments — City not passing such a by-law — Doctrine of unjust enrichment not applicable — Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, c. 44, s. 6(1).

SOMMAIRE (Fin)

l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. Vaughan..... 691

Droit criminel — Armes prohibées — Couteau dont la lame s'ouvre automatiquement par force centrifuge — Ce couteau est-il une arme prohibée?

Zaidan Group Ltd. c. London (Ville)..... 593

Restitution — Enrichissement sans cause — Cotisation de taxes municipales contestée avec succès par un contribuable — Remboursement par la ville du trop-perçu de taxes — Réclamation par le contribuable des intérêts que la ville aurait réalisés sur le trop-perçu — Loi habilitant la ville à adopter un règlement autorisant le paiement d'intérêts sur les trop-perçus de taxes — Aucun règlement de cette nature adopté par la ville — Inapplicabilité de la théorie de l'enrichissement sans cause — Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, ch. 44, art. 6(1).



1991 Volume 3

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Co-ordinator, Editorial Services
Gisèle Boulay

Editorial Assistants
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secretaries
Lyne Renaud
Suzanne Giguère

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Coordonnatrice, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Adjoints à l'édition
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secrétaires
Lyne Renaud
Suzanne Giguère

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

The Honourable FRANK IACOBUCCI

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

L'honorable FRANK IACOBUCCI

ERRATA

[1990] 3 S.C.R. p. 448, line *d*-1 of the French version.
Read “Pourvoi rejeté” instead of “Pourvoi
accueilli”.

[1990] 3 R.C.S. p. 448, ligne *d*-1 de la version française.
Lire «Pourvoi rejeté» au lieu de «Pourvoi
accueilli».

MOTIONS—REQUÊTES

- 677933 Ontario Ltd. v. Dical Investments Ltd.* (Ont.), 22430, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- A.S.D. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22466, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Aguilar v. London Life Insurance Co.* (Man.), 22079, notice of discontinuance filed, 29.8.91, avis de désistement produit.
- Alberta Pharmaceutical Association v. Peachment* (Alta.), 22352, leave to appeal refused with costs, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allto-Imports v. Fairbanks* (N.S.), 22585, leave to appeal refused with costs, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- American Home Assurance Co. v. Pollon* (Ont.), 22495, leave to appeal refused with costs, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Andrews v. United States of America* (Crim.)(Man.), 22634, notice of discontinuance filed, 15.11.91, avis de désistement produit.
- Attorney General of Canada v. Lavery* (B.C.), 22327, leave to appeal refused with costs, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Auto Dacia c. Autos Importés du Boulevard Ltée* (Qué.), 22440, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B.C. Rail Ltd. v. American Home Assurance Co.* (B.C.), 22481, notice of discontinuance filed, 22.7.91, avis de désistement produit.
- Ballard v. Crump* (Ont.), 22499, leave to appeal refused with costs, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Banque nationale du Canada c. William Neilson Ltd.* (Qué.), 22408, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Barker v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22338, leave to appeal refused, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Barrette c. Héritiers de feu H. Roy Crabtree* (Qué.), 22505, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Beaulac v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22521, leave to appeal refused, 19.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Beaupré v. Deputy Minister of Revenue* (Qué.), 22552, leave to appeal refused with costs, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beausoleil c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22528, leave to appeal refused, 24.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Bédard Louis Inc. c. Teac Canada Ltd.* (Qué.), 22484, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Belik v. Alberta Pharmaceutical Association* (Alta.), 22414, leave to appeal refused, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Berdette v. Berdette* (Ont.), 22583, leave to appeal refused, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée.

- Berrahma c. Ministre de l'emploi et de l'immigration* (C.A.F.)(Qué.), 22406, leave to appeal refused, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Big Wheels Transport & Leasing Ltd. v. Canada Wire and Cable Ltd.* (Ont.), 22538, leave to appeal refused with costs, 17.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Biron c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22462, leave to appeal refused, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Black v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22380, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Blatchford v. Royal Alexandria Hospitals Foundation* (Alta.), 22496, leave to appeal refused, 17.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Blondeau c. Duval* (Qué.), 22290, notice of discontinuance filed, 28.10.91, avis de désistement produit.
- Board of Commissioners of Public Utilities v. King* (Nfld.), 22546, leave to appeal refused with costs, 3.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bryce v. Bisheimer* (Sask.), 22407, leave to appeal refused with costs, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burnac Corporation c. Entreprises Ludco Ltée* (Qué.), 22447, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Byers Transport Ltd. v. The Queen* (Alta.), 22449, leave to appeal refused, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Cadeau v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 21833, leave to appeal refused, 31.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Caisse Desjardins de financement Lévis c. Loubec Inc.* (Qué.), 22524, leave to appeal refused with costs, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Deposit Insurance Corporation v. Canadian Commercial Bank* (Alta.), 22459, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Canada Steamship Lines Inc. c. Antenucci* (Qué.), 22509, leave to appeal refused with costs, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Northern Shield Insurance v. Mindell* (B.C.), 22365, leave to appeal refused with costs, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadien Pacifique Ltée c. Brotherhood of Maintenance of Way Employees* (Qué.), 22494, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canuel c. Sauvageau* (Qué.), 22384, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Centres de jeunesse Shawbridge c. Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 2718* (Qué.), 22428, leave to appeal refused, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Chisholm v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22501, leave to appeal refused, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Church of Scientology of Toronto v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22487, leave to appeal refused, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Ciariariello v. Keller* (Ont.), 22343, leave to appeal granted, 4.7.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Clarke v. Clarke* (B.C.), 22518, leave to appeal refused with costs, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Codina v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22453, leave to appeal refused, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Colarusso v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22433, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Cominco Ltd. v. Northwest Territories Water Board* (F.C.A.)(N.W.T.), 22497, leave to appeal refused with costs, 3.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des écoles fransaskoises Inc. c. Gouvernement de la Saskatchewan* (Sask.), 22522, leave to appeal refused, 15.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Courtland v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22032, notice of discontinuance filed, 22.8.91, avis de désistement produit.

- Couture v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22425, leave to appeal refused, 26.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Creighton v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22593, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Crossman v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22463, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Culas v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(B.C.), 22436, leave to appeal refused, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Culp v. Meringolo* (Ont.), 22409, leave to appeal refused with costs, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cunningham v. The Queen in right of Canada* (Crim.)(Ont.), 22451, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Davis v. Hayes* (B.C.), 22476, leave to appeal refused with costs, 26.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Daynard v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22446, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Deavitt v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22454, leave to appeal refused, 26.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Dexter Construction Co. v. The Queen* (F.C.A.)(N.S.), 22616, leave to appeal refused, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Dickason v. Governors of the University of Alberta* (Alta.), 22700, leave to appeal granted, 12.12.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Dipietro v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22491, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Dipietro v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22584, leave to appeal refused, 24.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Dobbin v. Bank of Montreal* (N.B.), 22512, leave to appeal refused with costs, 3.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubeau c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22474, leave to appeal refused, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Duncan v. Investigating Committee of the Law Society of Alberta* (Alta.), 22482, leave to appeal refused with costs, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Duran v. The Queen* (Crim.)(N.W.T.), 22624, leave to appeal refused, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Echenberg c. Victor* (Qué.), 22420, leave to appeal refused with costs, 26.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Electrical Contacts Ltd. v. Bray Associates Inc.* (Ont.), 22263, leave to appeal refused with costs, 28.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Emmanuel v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22432, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Ernst & Young Inc. v. United States Fire Insurance Co.* (N.S.), 22401, leave to appeal refused with costs, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Etienne v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22537, leave to appeal refused with costs, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Evans (Clive Douglas) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22592, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Evans (Leighton) v. Kent General Insurance Corporation* (N.S.), 22392, leave to appeal refused with costs, 31.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Firor v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22448, leave to appeal refused, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Fogazzi v. The Queen in right of Ontario* (Crim.)(Ont.), 22527, leave to appeal refused, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Foley v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22470, leave to appeal refused, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée.

- Forest Oil Corporation v. Husky Oil Operations Ltd.* (Alta.), 22458, leave to appeal refused with costs, 3.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Foster v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22560, leave to appeal refused, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Freeman v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22350, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Gautreau c. La Reine du chef du Nouveau-Brunswick* (N.-B.), 22177, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Gebara v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22465, leave to appeal refused, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Genge v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 22460, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Gestion M. & S. Bussière Inc. c. Simard* (Qué.), 22437, leave to appeal refused with costs, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Giroux c. Caisse populaire de Maniwaki* (Qué.), 22608, leave to appeal granted, 12.12.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Grand Falls Industries v. Grove Manufacturing Co.* (N.B.), 22598, leave to appeal refused with costs, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Greenbaum v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22506, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Greymac Properties Inc. c. Burnac Leaseholds Ltd.* (Qué.), 22412, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Griffith v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22389, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Grossland v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22461, leave to appeal refused, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Hall v. Hebert* (B.C.), 22399, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Hofer v. Wollmann* (Man.), 22382, leave to appeal granted, 4.7.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Hy and Zel's Inc. v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 22556, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Hydro-Québec c. Administration régionale Crie* (C.A.F.)(Qué.), 22485, leave to appeal refused with costs, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Iaquinto v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22577, leave to appeal refused, 28.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 22478, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ivany v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 22396, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Jepson v. Westfair Foods* (Alta.), 22464, leave to appeal refused, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnston (Franklyn R.) v. Law Society of Prince Edward Island* (P.E.I.), 22576, leave to appeal refused with costs, 28.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnston (Richard Scott) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22493, leave to appeal refused, 28.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- K/S A/S Offshore Atlantic v. Marystown Shipyard Ltd.* (Nfld.), 22282, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Keegstra v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22455, leave to appeal refused, 15.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Kellett v. City of Winnipeg* (Man.), 22540, leave to appeal refused with costs, 28.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kelly v. Kelly* (Ont.), 22621, leave to appeal refused with costs, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kumar v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22498, leave to appeal refused, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Laberge c. Imperial Tobacco Co.* (Qué.), 22510, leave to appeal refused with costs, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Lake Manitoba Estates Ltd. v. Communities Economic Development Fund* (Man.), 22434, leave to appeal refused with costs, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laniel Canada Inc. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22441, leave to appeal refused, 31.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Laval (Ville de) c. Young Men's and Young Women's Hebrew Association of Montreal* (Qué.), 22444, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Law Society of Saskatchewan v. Lamontagne* (Sask.), 22502, leave to appeal refused with costs, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leduc c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22580, leave to appeal refused, 28.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Lee v. Lee* (Man.), 22330, leave to appeal refused, 19.12.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Levine v. Corporation of the City of Ottawa* (Ont.), 22398, leave to appeal refused with costs, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lipskie v. Levesque* (Ont.), 22516, leave to appeal refused with costs, 10.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Liquidator of Canadian Commercial Bank v. Bank of Canada* (Alta.), 22459, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Lobo v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22571, leave to appeal refused, 24.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Lundgard v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22471, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- M. v. The Queen* (Ont.), 22539, notice of discontinuance filed, 3.10.91, avis de désistement produit.
- MacDonald v. The Queen* (Man.), 22607, notice of discontinuance filed, 13.11.91, avis de désistement produit.
- Malboeuf v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22513, leave to appeal refused, 26.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Mark 7 Development Ltd. v. Peace Holdings Ltd.* (B.C.), 22374, leave to appeal refused with costs, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marystown Shipyard Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.* (Nfld.), 22475, leave to appeal refused with costs, 17.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Meddoui v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22536, application for leave to appeal is quashed for want of jurisdiction, 5.12.91, la demande en autorisation d'appel est annulée pour défaut de compétence.
- Meyer c. National Drug Ltd.* (Qué.), 22393, leave to appeal refused with costs, 15.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mordales v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22472, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrison v. Coulter* (B.C.), 22582, leave to appeal refused with costs, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrow v. Burris* (B.C.), 22260, leave to appeal refused, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrow v. James A. MacAuley and Associates* (Alta.), 22031, leave to appeal refused with costs, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrow v. Morrison* (B.C.), 22259, leave to appeal refused, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Moulton v. Alberta Opportunity Co.* (Alta.), 22322, leave to appeal refused with costs, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Murphy v. Atlas Supply Co. of Canada Ltd.* (N.S.), 22520, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Naglik v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22490, leave to appeal granted, 4.12.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Narvey v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22602, leave to appeal refused with costs, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Nicholson v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22431, leave to appeal granted, 4.7.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Northern Plains Ventures Ltd. v. City of Fort St. John* (B.C.), 22435, leave to appeal refused with costs, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Donnell v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 22529, leave to appeal refused, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Ontario Hydro v. Ontario Labour Relations Board* (Ont.), 22355, leave to appeal granted, 4.7.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Ontario Hydro and Canadian Union of Public Employees v. Ontario Labour Relations Board* (Ont.), 22387, leave to appeal granted, 4.7.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Ontario New Home Warranty Program v. Platinum I Property Ltd. Partnership* (Ont.), 22419, leave to appeal refused with costs, 17.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Osborne c. Banque nationale du Canada* (Qué.), 22439, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Oshawa Group Ltd. v. Attorney General of Ontario* (Ont.), 22442, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Parent c. The Gazette* (Qué.), 22525, leave to appeal refused with costs, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Patterson v. Dutton* (B.C.), 22519, leave to appeal refused with costs, 19.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paul Magder Furs Ltd. v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 22559, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Pawliw v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22469, leave to appeal refused, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Pioneer Trust Co. v. Hinchey* (Alta.), 22480, leave to appeal refused, 17.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Plamondon c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22477, leave to appeal refused, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Porquez v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22564, leave to appeal refused, 31.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Prévost c. Hydro-Québec* (Qué.), 22591, leave to appeal refused with costs, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. Administration régionale Crie* (C.A.F.)(Qué.), 22486, leave to appeal refused with costs, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. B.* (Crim.)(Ont.), 22351, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Band* (F.C.A.)(Alta.), 22427, leave to appeal refused with costs, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. c. Beausoleil* (Crim.)(Qué.), 22500, leave to appeal refused, 24.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Buswa* (Crim.)(Ont.), 22548, leave to appeal refused, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Cameron* (Crim.)(Ont.), 22479, leave to appeal refused, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Cooper* (Crim.)(Nfld.), 22395, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Finlay* (Crim.)(Sask.), 22596, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Irving Oil Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 22422, leave to appeal refused with costs, 5.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. c. Leblanc* (Crim.)(Qué.), 22426, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Link* (Crim.)(Alta.), 22550, leave to appeal refused, 3.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. M.* (Crim.)(N.B.), 22456, leave to appeal refused, 22.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Morgentaler* (Crim.)(N.S.), 22578, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Naglik* (Crim.)(Ont.), 22636, leave to appeal granted, 4.12.91, autorisation de pourvoi accordée.

- R. v. Schwartz* (Crim.)(B.C.), 22570, leave to appeal refused, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. T.* (Crim.)(B.C.), 22413, leave to appeal granted, 4.7.91, autorisation de pourvoi accordée.
- R. (M. M.) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22438, leave to appeal refused, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Rainville c. Tétreault* (Qué.), 22517, leave to appeal refused with costs, 31.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Regency Homes Inc. v. Aiken* (Ont.), 22603, leave to appeal refused with costs, 7.10.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Robert Armstrong Ltd. v. Humble* (Ont.), 22567, leave to appeal refused with costs, 28.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roney v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22452, leave to appeal refused, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Sabiq c. Investissements Immobiliers Unis Inc.* (Qué.), 22543, notice of discontinuance filed, 20.11.91, avis de désistement produit.
- Sawchuk v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22572, leave to appeal refused, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Schnob v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22347, leave to appeal refused, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Service de Limousine Murray Hill Ltée c. G.T.V. Limousine* (Qué.), 21108, notice of discontinuance filed, 5.9.91, avis de désistement produit.
- Settee v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22368, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Shamirzadi c. Polak* (Crim.)(Qué.), 22574, leave to appeal refused, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Shepherd v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22565, leave to appeal refused, 24.10.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Shrader v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22535, leave to appeal refused, 26.9.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Reid Crowther & Partners Ltd.* (Man.), 22372, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.
- Société d'énergie de la Baie James c. Lafarge Canada Inc.* (Qué.), 22410, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sowa v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22328, leave to appeal refused, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Staller v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22468, leave to appeal refused, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Sunbury Transport Ltd. v. Brookville Transport Ltd.* (N.B.), 22383, leave to appeal refused with costs, 12.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sussmann v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 22488, leave to appeal refused with costs, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syntex Inc. v. Apotex Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 22589, leave to appeal refused with costs, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syntex Inc. v. Novopharm Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 22588, leave to appeal refused with costs, 12.12.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tardi c. Banque provinciale du Canada* (Qué.), 22515, leave to appeal refused with costs, 26.9.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tenorio c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22533, leave to appeal refused, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée.
- Thomas v. The Queen* (B.C.), 21881, notice of discontinuance filed, 25.9.91, avis de désistement produit.
- Tri-Gil Paving and Construction Ltd. v. Jellinek* (N.B.), 22354, leave to appeal refused with costs, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trudel v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22445, leave to appeal refused, 4.7.91, autorisation de pourvoi refusée.
- United Food and Commercial Workers International Union, Local 280-P v. Gainers Inc.* (Alta.), 22250, leave to appeal refused with costs, 11.7.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Valliant v. Air Canada (Ont.), 22416, leave to appeal granted, 14.11.91, autorisation de pourvoi accordée.

Vergara v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 22668, leave to appeal refused, 30.10.91, autorisation de pourvoi refusée.

Watt v. Westfair Foods Ltd. (Alta.), 22503, leave to appeal refused, 14.11.91, autorisation de pourvoi refusée.

Wiemer v. Kukat (Man.), 22569, leave to appeal refused with costs, 28.11.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wittman v. Emmott (B.C.), 22340, leave to appeal refused with costs, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Worobec v. The Queen (Crim.)(B.C.), 22551, leave to appeal refused, 29.8.91, autorisation de pourvoi refusée.

Wright v. The Queen (Crim.)(Ont.), 22534, leave to appeal refused, 7.11.91, autorisation de pourvoi refusée.

Yorke v. The Queen (Crim.)(N.S.), 22645, leave to appeal refused, 5.12.91, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A			
Altobelli v. Pilot Insurance Co.	132	Communities Economic Development Fund v. Maxwell.....	388
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Conseil du patronat du Québec Inc. v. Quebec (Attorney General).....	685
Avrith v. Laval (City)	137	Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.....	622
B		E	
Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	317	Elshaw, R. v.	24
Boughton & Co., Canson Enterprises Ltd. v.	534	F	
Broyles, R. v.	595	F. (H.), R. v.	322
C		Furtney, R. v.	89
C (C.M.), R. v.	683	G	
Canada (Human Rights Commission) v. Sun Life Assurance Co. of Canada	689	Gimson, R. v.	692
Canada (Minister of Employment and Immigration), Bhatnager v.	317	Goltz, R. v.	485
Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard...	421	Grant, R. v.	139
Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General).....	459	Grover, R. v.	387
Canadian National Railway Co., Rainbow Industrial Caterers Ltd. v.	3	Gruenke, R. v.	263
Canadian Pickles Corp., Communities Economic Development Fund v.	388	H	
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	534	Hick, R. v.	383
Commission see also "Canada" or the name of province		J	
Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.	388	Jones, R. v.	110

TABLE OF JUDGMENTS

	PAGE		PAGE
V		Z	
Val-Bélair (Town), Leiriao v.....	349	Zaidan Group Ltd. v. London (City).....	593
Vaughan, R. v.	691		
W			
Wholesale Travel Group Inc., R. v.	154		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique
«Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		E	
Altobelli c. Pilot Insurance Co.	132	Elshaw, R. c.	24
Avrith c. Laval (Ville).....	137		
B		F	
Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	317	F. (H.), R. c.	322
Boughton & Co., Canson Enterprises Ltd. c.	534	Fonds de développement économique local c. Ca- nadian Pickles Corp.	388
Broyles, R. c.	595	Fonds de développement économique local c. Maxwell.....	388
Bureau national d'examen dentaire du Canada, Ontario (Commission des droits de la per- sonne)	121	Furtney, R. c.	89
C		G	
C. (C.M.), R. c.	683	Gimson, R. c.	692
Canada (Commission des droits de la personne) c. Sun Life du Canada, cie d'assurance-vie	689	Goltz, R. c.	485
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Bhatnager c.	317	Grant, R. c.	139
Canadian Pickles Corp., Fonds de développement économique local c.	388	Grover, R. c.	387
Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.	534	Gruenke, R. c.	263
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		H	
Compagnie des chemins de fer nationaux du Ca- nada, Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. ...	3	Hick, R. c.	383
Conseil du patronat du Québec Inc. c. Québec (Procureur général)	685	J	
Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.	622	Jones, R. c.	110
		L	
		La Reine voir aussi «R.»	
		Laval (Ville), Avrith c.	137
		Leiriao c. Val-Bélair (Ville).....	349

TABLE DES JUDGMENTS

xix

	PAGE		PAGE
W		Z	
Wholesale Travel Group Inc., R. c.....	154	Zaidan Group Ltd. c. London (Ville).....	593

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
Adams v. Williams.....	407 U.S. 143 (1972).....	59
Adgey v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 426.....	385
Air Canada c. Cité de Dorval.....	[1985] 1 R.C.S. 861.....	363, 381
Air Canada v. City of Dorval.....	[1985] 1 S.C.R. 861.....	363, 381
Alberta Mortgage and Housing Corp. v. Ciereszko.....	[1986] 2 W.W.R. 57.....	405
Alberta (Provincial Treasurer) v. Meadow Rue Holdings Ltd.....	(1986), 45 Alta. L.R. (2d) 294.....	397
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.....	[1978] 2 S.C.R. 229.....	669
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	98
Ares v. Venner.....	[1970] S.C.R. 608.....	666
Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.....	[1979] 1 S.C.R. 633.....	581
Ashbury Railway Carriage & Iron Co. v. Riche.....	(1875), L.R. 7 H.L. 653.....	403
Attorney-General v. Great Eastern Railway Co.....	(1880), 5 App. Cas. 473.....	404
Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers.....	[1924] A.C. 328.....	106
Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada	[1951] S.C.R. 31.....	101
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	173, 213, 509
Balkis Consolidated Co. v. Tomkinson.....	[1893] A.C. 396.....	575
Banque Nationale du Canada c. Corbeil.....	[1991] 1 R.C.S. 117.....	16
Banque Provinciale du Canada c. Gagnon.....	[1981] 2 R.C.S. 98.....	16
Baroness Wenlock v. River Dee Co.....	(1885), 10 App. Cas. 355.....	404
Bartlett v. Barclays Bank Trust Co. (No. 2).....	[1980] 2 All E.R. 92.....	565
Bédard v. Québec (Ville).....	(1988), 21 Q.A.C. 189.....	379
Belcourt Inc. v. Kirkland (Ville).....	J.E. 90-91.....	372
Belcourt Inc. v. Saint-Laurent (Ville).....	[1990] R.J.Q. 1122.....	373
Bell v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 212.....	665
Berkemer v. McCarty.....	468 U.S. 420 (1984).....	61
Bisaillon v. Keable.....	[1983] 2 S.C.R. 60.....	335
Board of Commerce Act, Re.....	[1922] 1 A.C. 191.....	191
Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King.....	[1916] 1 A.C. 566.....	401

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Boucher v. The King	[1951] S.C.R. 265.....	450
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16.....	333
Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario	[1973] S.C.R. 131.....	381
Breckenridge Speedway Ltd. c. La Reine du chef de l'Alberta.....	[1970] R.C.S. 175.....	397
Breckenridge Speedway Ltd. v. The Queen in right of Alberta.....	[1970] S.C.R. 175.....	397
Brickenden v. London Loan & Savings Co.	[1934] 3 D.L.R. 465.....	566
Broad v. Pitt	(1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528.....	304
Brougham v. Dwyer.....	(1913), 108 L.T. 504.....	397
Brown v. Texas.....	443 U.S. 47 (1979).....	60
Burke v. Cory.....	(1959), 19 D.L.R. (2d) 252.....	573
Burrowes v. Lock.....	(1805), 10 Ves. Jun. 470, 32 E.R. 927.....	572

C

117080 Canada Ltée v. Longueuil (Ville).....	[1988] R.J.Q. 538, 39 L.C.R. 342.....	373
Caccamo v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 786.....	341
Caffrey v. Darby.....	(1801), 6 Ves. Jun. 488, 31 E.R. 1159.....	552
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley	[1974] S.C.R. 592.....	543, 567
Canadian Bank of Commerce v. Cudworth Rural Telephone Co....	[1923] S.C.R. 618.....	409
Canadian Broadcasting Corporation v. Lessard.....	[1991] 3 S.C.R. 421.....	464, 483
Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)	[1991] 3 S.C.R. 459.....	430, 444
Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.	[1990] 2 S.C.R. 549.....	640, 650
Canadian Pacific Ltd. v. Telesat Canada	(1982), 133 D.L.R. (3d) 321.....	405
Canadian Pacific Railway Co. v. City of Winnipeg	[1952] 1 S.C.R. 424.....	405
Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada	[1980] 2 R.C.S. 343.....	591
Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 343.....	591
Carter v. Boehm	(1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162.....	636
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147.....	565
Chromiak v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 471.....	35, 51
Church of Scientology and The Queen (No. 6), Re.....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 449.....	279, 301
City of Montreal v. Vaillancourt	[1977] 2 S.C.R. 849.....	138
City of Verdun v. Sun Oil Co.	[1952] 1 S.C.R. 222.....	363
Clarkson v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 383.....	35
Cloutier v. Langlois.....	[1990] 1 S.C.R. 158.....	301, 675
Cohen v. Kealey & Blaney.....	(1985), 26 C.P.C. (2d) 211.....	318
Collins v. Laval (Ville).....	J.E. 89-899	373
Colpitts v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 739.....	620
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139.....	225
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139.....	225
Cons. d'État, 8 mai 1981, Ministre de l'Intérieur c. Parvau	Rec. Cons. d'Ét., p. 770.....	376
Cook v. Carroll.....	[1945] Ir. R. 515.....	284, 307
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board	[1968] S.C.R. 569.....	102
Culling v. Sansai Securities Ltd.	(1974), 45 D.L.R. (3d) 456.....	573
Cunliffe v. Law Society of British Columbia.....	(1984), 40 C.R. (3d) 67.....	331

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
D		
Danson c. Ontario (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1086.....	515
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086.....	515
Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co., Re	(1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399.....	550
Day v. Mead.....	[1987] 2 N.Z.L.R. 443.....	576
Derry v. Peek.....	(1889), 14 App. Cas. 337.....	575
Dersch c. Canada (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1505.....	336
Dersch v. Canada (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1505.....	336
Descôteaux v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860.. 315, 437, 442, 448, 467	
Doyle v. Olby (Ironmongers) Ltd.	[1969] 2 Q.B. 158.....	22, 552, 565
Dunaway v. New York.....	442 U.S. 200 (1979).....	60
Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 705.....	180
E		
Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739.....	693
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	225, 450, 475
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	225, 449, 475
Esso Petroleum Co. v. Mardon.....	[1976] Q.B. 801, 2 All E.R. 5	19, 554
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	48
Ex parte Adamson.....	(1878), 8 Ch. D. 807	547, 577
F		
Florence c. Comité des transports aériens	(1988), 34 Admin. L.R. 36	630, 652
Florence v. Air Transport Committee	(1988), 34 Admin. L.R. 36	630, 652
Florida v. Royer	460 U.S. 491 (1983).....	60
Ford v. Dominion of Canada General Insurance Co.	[1991] 1 S.C.R. 136.....	651
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	543
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction pub- lique.....	[1985] 2 R.C.S. 455.....	450
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455.....	450
Friesen v. Berta	(1979), 100 D.L.R. (3d) 91	15
G		
Garnet's Trial.....	(1606), 2 How. St. Tr. 218.....	305
Garnham v. Tessier	(1959), 27 W.W.R. 682.....	418
Geffen v. Goodman Estate.....	[1991] 2 S.C.R. 353.....	286
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641.....	222
General Produce v. United Bank.....	[1979] 2 Lloyd's Rep. 255.....	417
Gill v. Bouchard.....	(1896), 5 Que. Q.B. 138.....	306
Grdic v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 810.....	153
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335.....	546, 561

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
H		
H.B. Nickerson & Sons Ltd. v. Wooldridge.....	(1980), 40 N.S.R. (2d) 388	15
Hamelin v. Laval (Ville).....	J.E. 88-923	377
Harrison v. Carswell	[1976] 2 S.C.R. 200.....	358
Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council.....	[1991] 2 W.L.R. 372	405
Heald v. O'Connor	[1971] 1 W.L.R. 497.....	417
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.	[1964] A.C. 465	575
Howard v. Cunliffe.....	(1973), 36 D.L.R. (3d) 212.....	573
Hundal v. Superintendent of Motor Vehicles	(1985), 64 B.C.L.R. 273.....	511
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	450
I		
Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599	603
Illinois v. Perkins	110 S.Ct. 2394 (1990)	610
Irving Oil Ltd. v. Adams.....	(1984), 46 Nfld. & P.E.I.R. 234	15
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	175, 233, 452
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	174, 233, 451
J		
Jacks v. Davis.....	(1980), 12 C.C.L.T. 298.....	561
John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco	(1988), 165 C.L.R. 346	296
Johnson v. Attorney General of Alberta.....	[1954] S.C.R. 127	103
K		
Keller, In re	(1887), 22 L.R.I. 158.....	307
L		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574.....	543, 564
Lambert v. California.....	355 U.S. 225 (1957)	230
Landreville v. Town of Boucherville	[1978] 2 S.C.R. 801.....	380
Laskin v. Bache and Co.	[1972] 1 O.R. 465.....	573
Lemay v. The King.....	[1952] 1 S.C.R. 232.....	338
LeMesurier v. Andrus	(1986), 54 O.R. (2d) 1.....	581
Lord Audley's Case	(1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140.....	672
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba	[1925] A.C. 384	102
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia	[1959] S.C.R. 497	102
Low v. Bouverie.....	[1891] 3 Ch. 82	575

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
M		
MacKay v. Manitoba.....	[1989] 2 S.C.R. 357.....	515
Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.....	(1986), 58 O.R. (2d) 1.....	573
Maine v. Moulton.....	474 U.S. 159 (1985).....	610
Manufacturers Life Insurance Co. v. Hauser.....	[1945] 3 W.W.R. 740.....	418
Marks v. Beyfus.....	(1890), 25 Q.B.D. 494.....	335
Martin v. Ohio.....	480 U.S. 228 (1987).....	251
McGuinness v. Attorney-General of Victoria.....	(1940), 63 C.L.R. 73.....	296
McInroy v. The Queen.....	[1979] 1 S.C.R. 588.....	347
McKenzie v. McDonald.....	[1927] V.L.R. 134.....	574, 589
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	226
Minchau v. Busse.....	[1940] 2 D.L.R. 282.....	418
Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville.....	[1982] 2 S.C.R. 518.....	665
Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville...	[1982] 2 R.C.S. 518.....	665
Miranda v. Arizona.....	384 U.S. 436 (1966).....	61, 615
Morgentaler v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 616.....	105
Morissette v. United States.....	342 U.S. 246 (1952).....	229
Moysa v. Alberta (Labour Relations Board).....	[1989] 1 S.C.R. 1572.....	307, 432
Mullen v. U.S.	263 F.2d 275 (1959).....	308
Myers v. Director of Public Prosecutions.....	[1965] A.C. 1001.....	666
N		
National Bank of Canada v. Corbeil.....	[1991] 1 S.C.R. 117.....	16
National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.....	[1969] S.C.R. 481.....	15
Nocton v. Lord Ashburton.....	[1914] A.C. 932.....	544, 570, 590
O		
Ouellet v. Sicotte.....	(1896), 9 C.S. 463.....	306
Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec	[1981] 2 R.C.S. 113.....	138
P		
Pacific Press Ltd. and The Queen, Re.....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 487.....	431, 435, 442, 451, 467
Patterson v. New York.....	432 U.S. 197 (1977).....	251
Penner v. Hutlet.....	(1984), 33 Man. R. (2d) 168.....	418
People v. Edwards.....	248 Cal.Rptr. 53 (1988).....	308
Peralta and The Queen.....	(1985), 49 O.R. (2d) 705.....	97
Perka v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 232.....	519, 531
Piché v. The Queen.....	[1971] S.C.R. 23.....	343
Practice Statement (Judicial Precedent).....	[1966] 1 W.L.R. 1234.....	666
Provincial Bank of Canada v. Gagnon.....	[1981] 2 S.C.R. 98.....	16

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R		
R. c. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299.....	183, 217
R. v. Algar.....	[1954] 1 Q.B. 279.....	661
R. v. Alston	(1985), 36 M.V.R. 67.....	507
R. v. Ancelet.....	(1986), 70 A.R. 263.....	56
R. v. B. (G.)	[1990] 2 S.C.R. 57.....	386
R. v. Bailey.....	(1983), 4 C.C.C. (3d) 21.....	660
R. v. Bazinet.....	(1986), 25 C.C.C. (3d) 273.....	54
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295... 175, 224, 290, 450, 673	
R. v. Billam	(1986), 8 Cr. App. R.(S.) 48.....	84
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138.....	39, 616
R. v. Bourget	(1987), 56 C.R. (3d) 97.....	331
R. v. Brydges.....	[1990] 1 S.C.R. 190.....	616
R. v. Bulmer	[1987] 1 S.C.R. 782.....	117
R. v. C. (M.H.).....	[1991] 1 S.C.R. 763.....	338
R. v. C. (S.).....	(1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 252.....	56
R. v. Carlson.....	[1970] 3 O.R. 213.....	153
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	190, 258
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	183, 217
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	35, 71, 145, 616
R. v. Consumers Distributing Co.	(1980), 57 C.C.C. (2d) 317.....	174
R. v. Czipps.....	(1979), 48 C.C.C. (2d) 166.....	661
R. v. Debot.....	[1989] 2 S.C.R. 1140.....	616
R. v. DeMarco.....	(1973), 13 C.C.C. (2d) 369.....	117
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30.....	616
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	233
R. v. Elshaw	[1991] 3 S.C.R. 24.....	617
R. v. Esposito	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88.....	54
R. v. Evans	[1991] 1 S.C.R. 869.....	45, 617
R. v. Furtney.....	[1991] 3 S.C.R. 89.....	116
R. v. Gamble	[1988] 2 S.C.R. 595.....	325
R. v. Genest.....	[1989] 1 S.C.R. 59.....	616, 693
R. v. Grafe.....	(1987), 36 C.C.C. (3d) 267.....	56
R. v. Greffe.....	[1990] 1 S.C.R. 755.....	617
R. v. Guiller.....	(1986), 48 C.R. (3d) 226.....	502
R. v. Hay	(1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933.....	306
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	39, 605
R. v. Holmes.....	[1988] 1 S.C.R. 914.....	174, 213
R. v. Howse.....	[1983] N.Z.L.R. 246.....	296
R. v. Howson.....	[1966] 3 C.C.C. 348.....	117
R. v. Johnson.....	(1904), 7 O.L.R. 525.....	117
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	57, 214, 256
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531.....	666
R. v. Kokesch.....	[1990] 3 S.C.R. 3.....	617
R. v. Konechny.....	(1983), 10 C.C.C. (3d) 233.....	493

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Ladouceur.....	[1990] 1 S.C.R. 1257.....	617
R. v. LeBlanc.....	[1989] 1 S.C.R. 1583.....	82
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114.....	186
R. v. Logan.....	[1990] 2 S.C.R. 731.....	129, 237
R. v. Lonsdale.....	(1973), 15 C.C.C. (2d) 201.....	676
R. v. Luxton.....	[1990] 2 S.C.R. 711.....	498
R. v. Lynch.....	[1954] Tas. S.R. 47.....	308
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	209, 249, 498
R. v. MacPherson.....	(1980), 52 C.C.C. (2d) 547.....	661
R. v. Mannion.....	[1986] 2 S.C.R. 272.....	347
R. v. Marchand.....	(1980), 55 C.C.C. (2d) 77.....	660
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	127
R. v. McGinty.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 36.....	676
R. v. McNamara.....	(1979), 48 C.C.C. (2d) 201.....	661
R. v. Medina.....	Unreported/Inédit, Ont. S.C., October 17, 1988.....	306
R. v. Moran.....	(1987), 36 C.C.C. (3d) 225.....	55
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	181, 674
R. v. Nabis.....	[1975] 2 S.C.R. 485.....	72
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	147, 174, 256, 455
R. v. Olivier.....	(1991), 13 W.C.B. (2d) 278.....	56
R. v. Pierce Fisheries Ltd.	[1971] S.C.R. 5.....	217
R. v. Rahey.....	[1987] 1 S.C.R. 588.....	57
R. v. Ross.....	[1989] 1 S.C.R. 3.....	616
R. v. Rowley.....	[1948] 1 All E.R. 570.....	385
R. v. S. (P.L.).....	[1991] 1 S.C.R. 909.....	620
R. v. Schwartz.....	[1988] 2 S.C.R. 443.....	176, 210
R. v. Scott.....	[1990] 3 S.C.R. 979.....	335
R. v. Seaboyer.....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	307, 525, 666
R. v. Sillars.....	(1978), 45 C.C.C. (2d) 283.....	661
R. v. Smith.....	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	493, 522
R. v. Smith.....	[1991] 1 S.C.R. 714.....	617
R. v. Snider.....	[1954] S.C.R. 479.....	296
R. v. Strachan.....	[1988] 2 S.C.R. 980.....	36, 616
R. v. Therens.....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	35, 51, 151
R. v. Thompson.....	[1990] 2 S.C.R. 1111.....	617
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	143
R. v. Turpin.....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	98
R. v. Tutton.....	[1989] 1 S.C.R. 1392.....	210
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	127, 173, 214
R. v. Voss.....	(1989), 50 C.C.C. (3d) 58.....	56
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	528
R. v. Whyte.....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	176, 214
R. v. Wigglesworth.....	[1987] 2 S.C.R. 541.....	196, 241
R. v. Williams.....	(1988), 26 B.C.L.R. (2d) 67.....	493
R. v. Wilson.....	(1980), 119 D.L.R. (3d) 558.....	104

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	617
Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. C.N.R.....	[1990] 3 W.W.R. 413.....	565
Redlin v. Governors of the University of Alberta.....	(1979), 23 A.R. 42.....	405
Reference as to the Validity of the Regulations in Relation to Chemicals.....	[1943] S.C.R. 1.....	104
Reference Re Alberta Statutes.....	[1938] S.C.R. 100.....	450
Reference Re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	173, 213, 509
Reference Re Farm Products Marketing Act.....	[1957] S.C.R. 198.....	665
Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.).....	[1989] 1 S.C.R. 922.....	98
Rémillard v. The King.....	(1921), 62 S.C.R. 21.....	386
Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.).....	[1989] 1 R.C.S. 922.....	98
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	173, 213, 224, 509
Réserves du Nord (1973) Ltée (In Re): Hôtel Pilma sur le Lac Inc. c. Bertrand.....	[1984] C.A. 500.....	138
Roberge v. Bolduc.....	[1991] 1 S.C.R. 374.....	647
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	225
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario.....	[1990] 2 S.C.R. 232.....	225
Rothman v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 640.....	343, 603
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	301, 450, 675
S		
Savion v. The Queen.....	(1980), 13 C.R. (3d) 259.....	331
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	301, 450, 675
Senior v. Holdsworth, Ex parte Independent Television News Ltd.....	[1976] 1 Q.B. 23.....	450, 471
Sherras v. De Rutzen.....	[1895] 1 Q.B. 918.....	217
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	233, 449
Slavutych v. Baker.....	[1976] 1 S.C.R. 254.....	284, 309
Slim v. Croucher.....	(1860), 1 De G. F. & J. 518, 45 E.R. 462.....	572
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	15
Snyder v. Massachusetts.....	291 U.S. 97 (1934).....	70
Société Inter-Port de Québec v. Société immobilière Irving Ltée...	[1987] R.D.J. 1, 37 L.C.R. 30.....	362, 370
Société Radio-Canada c. Lessard.....	[1991] 3 R.C.S. 421.....	464, 483
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1991] 3 R.C.S. 459.....	430, 444
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario).....	[1981] 2 S.C.R. 494.....	309, 335
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario).....	[1981] 2 R.C.S. 494.....	310, 335
Solosky v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 821.....	286, 295
Steele c. Établissement Mountain.....	[1990] 2 R.C.S. 1385.....	502
Steele v. Mountain Institution.....	[1990] 2 S.C.R. 1385.....	502
Steer v. Aerovox Inc.....	(1984), 65 N.S.R. (2d) 91.....	15
Stuart v. Bank of Montreal.....	(1909), 41 S.C.R. 516.....	665
Sutton's Hospital Case.....	(1613), 10 Co. Rep. 1a, 23a, 77 E.R. 937, 960.....	401
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285.....	450

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
T		
Tannian v. Synnott	(1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275.....	307
Terry v. Ohio	392 U.S. 1 (1968).....	58
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	209, 220, 616
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	209, 220, 616
Todd v. Gee	(1810), 17 Ves. Jun. 273, 34 E.R. 106.....	577
Trammel v. United States	445 U.S. 40 (1980).....	296, 676
U		
Union Bank of Canada v. A. McKillop & Sons, Ltd.	(1915), 51 S.C.R. 518.....	402
United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council	[1978] A.C. 904.....	580
United States v. Balint.....	258 U.S. 250 (1922).....	251
United States v. Dotterweich	320 U.S. 277 (1943).....	251
United States v. Freed.....	401 U.S. 601 (1971).....	230
United States v. Henry	447 U.S. 264 (1980).....	612
United States v. Hensley.....	469 U.S. 221 (1985).....	60
United States v. International Minerals and Chemical Corp.	402 U.S. 558 (1971).....	630
United States v. Place	462 U.S. 696 (1983).....	60
United States v. Serna-Barreto	842 F.2d 965 (1988).....	63
United States v. Sharpe.....	470 U.S. 675 (1985).....	60
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	48
University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission.....	110 S.Ct. 577 (1990).....	296
Upper Canada College v. Smith.....	(1920), 61 S.C.R. 413.....	418
V		
Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)	[1991] 1 R.C.S. 671.....	451
Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary).....	[1991] 1 S.C.R. 671.....	451
Ville de Montréal c. Vaillancourt	[1977] 2 R.C.S. 849.....	138
Viro v. The Queen.....	(1978), 141 C.L.R. 88	666
W		
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	660
Wheeler v. Le Marchant	(1881), 17 Ch. 675	305
Woolmington v. Director of Public Prosecutions	[1935] A.C. 462	243

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Y		
Yeoman Credit, Ltd. v. Latter.....	[1961] 2 All E.R. 294	414
Z		
Zurcher v. Stanford Daily.....	436 U.S. 547 (1978)	430, 436, 454, 479

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48	134	s. 26(2).....	388
Air Carrier Regulations, C.R.C. 1978, c. 3		s. 26(5).....	388
s. 20.3.....	622	Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23	
s. 20.3(3).....	622	s. 36(1)(a)	154
Air Transportation Regulations, SOR/88-58		s. 37.3(1)(a)	154
s. 7(3)(d)	622	s. 37.3(2)(b)	154
		Constitution Act, 1982	
		s. 52(1).....	154
		Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225	
		s. 3(1)(b)	388
		s. 16(3).....	388
C			
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5		Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
s. 4.....	654	s. 21(2).....	124
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 37.....	263
s. 1.....	124, 154, 421, 485, 595	s. 213.....	124
s. 2(a).....	154, 263	s. 213(c).....	124
s. 2(b).....	263, 421, 459	s. 238(2).....	139
s. 7.....	124, 154, 595	s. 238(5).....	139
s. 10(b).....	24, 139	Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 11(d).....	124, 154	s. 206(1).....	110
s. 11(g).....	89	s. 207.....	89, 110
s. 12.....	485	s. 254(2).....	139
s. 24(2).....	24, 595	s. 254(5).....	139
s. 27.....	263	s. 264.1(1)(a)	72
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19		s. 487(1)(b)	421, 459
s. 29.4.....	349	s. 487(1)(d)	421, 459
s. 570.....	349	s. 487(1)(e)	421, 459
Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155		s. 686(1)(a)(ii).....	595
s. 1 "remote and isolated communities"	388	s. 686(1)(b)(iii)	595, 681
s. 3.....	388	E	
s. 7(c).....	388	Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24	
s. 9(7).....	388	s. 35.....	349
		s. 40.....	349

	PAGE		PAGE
I		N	
Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 200		Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1.....	692
s. 26(1).....	622		
M		R	
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288		Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/ 83-74	
s. 86(1)(a)(ii).....	485	r. 60.....	317
s. 88(1)(a).....	485	r. 62.....	317
s. 88(1)(c).....	485		
Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, c. 44		S	
s. 6(1).....	593	Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22	
		s. 2(1) "regulation".....	89
		s. 11(2).....	89

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C		L	
Charte canadienne des droits et libertés		Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, L.Q. 1985, ch. 48.....	134
art. 1.....	124, 154, 421, 485, 595	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 2a).....	154, 263	art. 52(1).....	154
art. 2b).....	263, 421, 459	Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24	
art. 7.....	124, 595	art. 35.....	349
art. 10b).....	24, 139	art. 40.....	349
art. 11d).....	124, 154	Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23	
art. 11g).....	89	art. 36(1)a).....	154
art. 12.....	485	art. 36.3(2)a).....	154
art. 24(2).....	24, 595	art. 36.3(2)b).....	154
art. 27.....	263	Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5	
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 4.....	654
art. 206(1).....	110	Loi sur le Fonds de développement économique local, L.R.M. 1987, ch. C155	
art. 207.....	89, 110	art. 1 «communautés éloignées».....	388
art. 254(2).....	139	art. 3.....	388
art. 254(5).....	139	art. 7c).....	388
art. 264.1(1)a).....	72	art. 9(7).....	388
art. 487(1)b).....	421, 459	art. 26(2).....	388
art. 487(1d).....	421, 459	art. 26(5).....	388
art. 487(1e).....	421, 459	Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19	
art. 686(1)a)(ii).....	595	art. 29.4.....	349
art. 686(1)b)(iii).....	595, 681	art. 570.....	349
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34		Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225	
art. 21(2).....	124	art. 3(1)b).....	388
art. 37.....	263	art. 16(3).....	388
art. 213.....	124	Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1...	692
art. 213c).....	124	Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22	
art. 238(2).....	139	art. 2(1) «règlement».....	89
art. 238(5).....	139	art. 11(2).....	89
I			
Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 200			
art. 26(1).....	622		

	PAGE		PAGE
M		R	
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288		Règlement sur les transporteurs aériens, C.R.C.	
art. 86(1)a)(ii)	485	1978, ch. 3	
art. 88(1)a)	485	art. 20.3	622
art. 88(1)c)	485	art. 20.3(3)	622
Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982,		Règlement sur les transports aériens, DORS/	
S.O. 1982, ch. 44		88-58	
art. 6(1)	593	art. 7(3)d)	622
		Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/	
		83-74	
		art. 60	317
		art. 62	317

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Archbold, John Frederick. <i>Archbold: Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases</i> , 43rd ed. Edited by Stephen Mitchell and P. J. Richardson. London: Sweet & Maxwell, 1988	66
Australia. Australian Law Reform Commission. <i>Criminal Investigation</i> (Report No. 2). Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975.....	66
Bench and Bar Council of Ontario. Special Committee on Preliminary Hearings. <i>Report of the Special Committee on Preliminary Hearings</i> . Toronto: Bench and Bar Council of Ontario, 1982	334
Bentham, Jeremy. <i>Rationale of Judicial Evidence</i> , vol. IV. London: Hunt and Clark, 1827	299
Berger, Mark. "Legislating Confession Law in Great Britain: A Statutory Approach to Police Interrogations" (1990), 24 <i>U. Mich. J.L. Ref.</i> 1	65
Bissett-Johnson, Alastair and David C. Day. <i>The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act, 1985</i> . Toronto: Carswell, 1986	674
Blackstone, sir William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 1 et 2. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822.....	665
Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , 4th ed., Book One. Oxford: Clarendon Press, 1770.....	665
British Columbia. Motor Vehicle Task Force. <i>Report</i> . Victoria: The Task Force, 1980.....	497
Burgess, Ann Wolbert. "Rape Trauma Syndrome" (1983), 1:3 <i>Behavioral Sciences and the Law</i> 97.....	84
Campbell, Simone, Sr. "Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege" (1976), 9 <i>U.C. Davis L. Rev.</i> 523	308
Canada. Commission de réforme du droit. <i>L'accès du public et des médias au processus pénal</i> . Document de travail 56. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1987	451
Canada. Commission de réforme du droit. <i>L'arrestation</i> . Rapport 29. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1986.....	69
Canada. Commission de réforme du droit. <i>La communication de la preuve par la poursuite</i> . Rapport 22. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.....	332
Canada. Commission de réforme du droit. <i>La notion de blâme — responsabilité stricte</i> . Document de travail 2. Ottawa: Information Canada, 1974.....	186
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal</i> . Document de travail 30. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1983	439

Canada. Commission de réforme du droit. <i>Procédure pénale: la communication de la preuve</i> . Document de travail 4. Ottawa: Information Canada, 1974.....	332
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur la preuve</i> . Ottawa: Commission de réforme du droit, 1975.....	307
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Responsabilité pénale et conduite collective</i> . Document de travail 16. Ottawa: Information Canada, 1976.....	220
Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. <i>La preuve</i> . Document préliminaire n° 1 "L'habilité et la contrainte à témoigner". Ottawa: Commission de réforme du droit, 1972.....	673
Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve, document préliminaire n° 12. <i>La preuve: Le secret professionnel devant les tribunaux</i> . Ottawa: Commission de réforme du droit, 1975.....	307
Canada. Law Reform Commission. <i>Arrest</i> . Report 29. Ottawa: Law Reform Commission, 1986.....	69
Canada. Law Reform Commission. <i>Criminal Procedure: Discovery</i> . Working Paper 4. Ottawa: Information Canada, 1974.....	332
Canada. Law Reform Commission. <i>Criminal Responsibility for Group Action</i> . Working Paper 16. Ottawa: Information Canada, 1976.....	220
Canada. Law Reform Commission. <i>Disclosure by the Prosecution</i> . Report 22. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.....	332
Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. <i>Evidence</i> . Study Paper No. 1 "Competence and Compellability". Ottawa: Law Reform Commission, 1972.....	673
Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project, Study Paper No. 12. <i>Evidence: Professional Privileges Before the Courts</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1975.....	307
Canada. Law Reform Commission. <i>Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement</i> . Working Paper 30. Ottawa: Law Reform Commission, 1983.....	439
Canada. Law Reform Commission. <i>Public and Media Access to the Criminal Process</i> . Working Paper 56. Ottawa: Law Reform Commission, 1987.....	451
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: Law Reform Commission, 1975.....	306
Canada. Law Reform Commission. <i>The Meaning of Guilt — Strict Liability</i> . Working Paper 2. Ottawa: Information Canada, 1974.....	186
Canada. Law Reform Commission. "The Size of the Problem". In <i>Studies in Strict Liability</i> . Ottawa: Information Canada, 1974.....	221
Challies, George Swan. <i>The Law of Expropriation</i> , 2nd ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 1963.....	357
Chambers, Robert and Mitchell McInnes. Commentary on <i>R. v. Church of Scientology and Zaharia</i> (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 176.....	305
Coke, Sir Edward. <i>The First Part of the Institutes of the Laws of England</i> , 19th ed. London: Clarke, 1832	671
Coke, Sir Edward. <i>The Third Part of the Institutes of the Laws of England</i> . London: W. Clarke, 1809.....	356
Cole, William A. "Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis" (1988), 21 <i>Colum. J.L. & Soc. Probs.</i> 1.....	297
Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. <i>La preuve au Canada. Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve</i> . Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1983.....	306
Cooter, Robert and Bradley J. Freedman. "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences" (1991), 66 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 1045.....	544
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.....	378

Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and William Schabas. Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais Inc., 1991	357
Cotton, Barbara. "Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe" (1990), 12 <i>Advocates' Q.</i> 195	307
Coughlan, Steve. "Police Detention for Questioning: A Proposal" (1986), 28 <i>Crim. L.Q.</i> 64 and 170	65
Davidson, Ian E. "The Equitable Remedy of Compensation" (1982), 13 <i>Melb. U.L. Rev.</i> 349..... 548, 574, 590	
de Montigny, Yves. "L'élargissement du concept de "détention", premier jalon d'une véritable protection contre l'auto-incrimination?" (1990), 31 <i>C. de D.</i> 769.....	53
Dix, George E. "Nonarrest Investigatory Detentions in Search and Seizure Law", [1985] <i>Duke L.J.</i> 849 ...	63
Dorion, Guy et Roger Savard. <i>Loi commentée de l'expropriation du Québec</i> . Québec: Presses de l'Université Laval, 1979	378
Dreidger, Elmer A. "The Interaction of Federal and Provincial Laws" (1976), 54 <i>R. du B. can.</i> 695	104
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Torts in Canada</i> , vol. 2. Toronto: Carswells, 1990.....	14
Garneau, Grant Smyth. "The Application of Charter Rights to the Interrogation Process" (1986), 35 <i>U.N.B.L.J.</i> 35	63
Giacopassi, David J. and Karen R. Wilkinson. "Rape and the Devalued Victim" (1985), 9 <i>Law and Human Behavior</i> 367	84
Goff, Robert, Lord Goff of Chieveley, and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.....	415
Goldsmith, Michael and Kathryn Ogden Balmforth. "The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines" (1991), 64 <i>S. Cal. L. Rev.</i> 903.....	303
Gower, Laurence Cecil Bartlett, et al. <i>Gower's Principles of Modern Company Law</i> , 4th ed. London: Stevens & Sons, 1979	406
Gummow, W. M. C. "Compensation for Breach of Fiduciary Duty". In T. G. Youdan, ed., <i>Equity, Fiduciaries and Trusts</i> . Toronto: Carswell, 1989	573, 590
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 11(2), 4th ed. (reissued) London: Butterworths, 1990.....	307
Hanbury, Harold Greville and Ronald Harling Maudsley. <i>Modern Equity</i> , 12th ed. By Jill E. Martin. London: Stevens, 1985.....	587
Herd, Charles H. "Criminal Law: Kansas Recognizes Rape Trauma Syndrome" (1985), 24 <i>Washburn L.J.</i> 653	85
Hogan, Edward A. "A Modern Problem on the Privilege of the Confessional" (1951), 6 <i>Loyola L. Rev.</i> 1	305
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.....	104
Iller, Martin and George Goodwin. <i>Criminal Litigation</i> . London: Butterworths, 1985.....	65
Klippert, George B. <i>Unjust Enrichment</i> . Toronto: Butterworths, 1983.....	415
LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.....	251
Lindsay, James R. "Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors" (1959), 13 <i>N. Ir. L.Q.</i> 160	307
Lyon, J. Noel. "Privileged Communications — Penitent and Priest" (1964-65), 7 <i>Crim. L.Q.</i> 327	304
Mahoney, Kathleen. "R. v. McCraw: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault" (1989), 21 <i>Ottawa L. Rev.</i> 207	84
Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 <i>C.R.</i> (3d) 216.....	84

Maxwell, Sir Peter Benson. <i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969	357, 378, 408
McLachlin, Beverley. "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 2 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 266	307
McLauchlan, D. W. "Assessment of Damages for Misrepresentations Inducing Contracts" (1987), 6 <i>Otago L.R.</i> 370	14
Meagher, Roderick Pitt, W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. <i>Equity, Doctrines and Remedies</i> , 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.....	577
Mitchell, Mary Harter. "Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion" (1987), 71 <i>Minn. L. Rev.</i> 723.....	298
Mockler, E. J. "The Doctrine of Ultra Vires in Letters Patent Companies". In Jacob S. Ziegel, ed., <i>Studies in Canadian Company Law</i> . Toronto: Butterworths, 1967, 231	402
Mongiardo, Dante P. "The Terry Exception to Miranda" (1983), 10 <i>Search & Seizure L. Rep.</i> 165	59
New South Wales. Law Reform Commission. <i>Procedure from Charge to Trial: Specific Problems and Proposals</i> . Sydney: Law Reform Commission, 1987	66
Nova Scotia. <i>Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution</i> , vol. 1, <i>Findings and Recommendations</i> . Halifax: The Commission, 1989.....	336
O'Donovan, James and John C. Phillips. <i>The Modern Contract of Guarantee</i> . Sydney: Law Book Co., 1985	413
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Basis of Liability for Provincial Offences</i> . Toronto: 1990	185, 200
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Law of Evidence</i> . Toronto: Ontario Law Reform Commission, Ministry of the Attorney General, 1976	303
Ontario. Legislative Assembly. <i>1967 Interim Report of the Select Committee on Company Law</i> , 1967	406
Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. <i>Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights</i> , vol 2. Toronto: Queen's Printer, 1968.....	306
Packer, Hebert L. "Mens Rea and the Supreme Court", [1962] <i>Sup. Ct. Rev.</i> 107	251
Plantamura, Michael G. "The Clergyman-Penitent Privilege". In Scott N. Stone and Ronald S. Liebman, eds., <i>Testimonial Privileges</i> . Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1983	308
Pollock, Sir Frederick and Frederic William Maitland. <i>The History of English Law Before the Time of Edward I</i> , 2nd ed. (reissued). Cambridge: Cambridge University Press, 1968	305
Reese, Seward. "Confidential Communications to the Clergy" (1963), 24 <i>Ohio St. L.J.</i> 55.....	303
Reeves, John. <i>History of the English Law</i> , vol. 2, 2nd ed. New York: Augustus M. Kelley, 1787. Reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969	305
Richardson, Geneva. "Strict Liability for Regulatory Crime: the Empirical Research", [1987] <i>Crim. L.R.</i> 295	228
Robertson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In <i>Charter Litigation</i> . Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.....	506
Ryan, H. R. S. "Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information" (1991), 73 <i>C.R.</i> (3d) 217	314
Sack, Emily J. "Police Approaches and Inquiries on the Streets of New York: The Aftermath of <i>People v. De Bour</i> " (1991), 66 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 512.....	60
Sallmann, Peter and John Willis. <i>Criminal Justice in Australia</i> . Melbourne: Oxford University Press, 1984	66
Saltzman, A. "Strict Criminal Liability and the United States Constitution: Substantive Criminal Law Due Process" (1978), 24 <i>Wayne L. Rev.</i> 1571.....	251

Scotland. Committee on Criminal Procedure in Scotland. <i>Criminal Procedure in Scotland</i> (Second Report). Edinburgh: H.M.S.O., 1975	68
Sealy, L. S. "Fiduciary Relationships", [1962] <i>Cambridge L.J.</i> 69.....	578
Sealy, L. S. "Some Principles of Fiduciary Obligation", [1963] <i>Cambridge L.J.</i> 119.....	578
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "serious", "rape".....	80
Sim, Peter. "Privilege and Confidentiality: The Impact of Slavutych v. Baker on the Canadian Law of Evidence" (1984-85), 5 <i>Advocates' Q.</i> 357	307
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> . Toronto: Butterworths, 1974	296
Stoyles, Robert L. "The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses" (1967), 29 <i>U. Pitt. L. Rev.</i> 27.....	308
Stuart, Don. "Four Springboards from the Supreme Court of Canada: Hunter, Therens, Motor Vehicle Refer- ence and Oakes — Asserting Basic Values of Our Criminal Justice System" (1987), 12 <i>Queen's L.J.</i> 131	53
Tiemann, William Harold and John C. Bush. <i>The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law</i> , 2nd ed. Nashville: Abingdon Press, 1983.....	298
Todd, Eric C. E. <i>The Law of Expropriation and Compensation in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1976.....	358
Treitel, G. H. <i>The Law of Contract</i> , 7th ed. London: Stevens & Sons: Sweet & Maxwell, 1987.....	19
"Twentieth Annual Review of Criminal Procedure: United States Supreme Court and Courts of Appeals 1989-1990" (1991), 79 <i>Geo. L.J.</i> 591	60
Uniform Law Conference of Canada. <i>Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence</i> . Toronto: Carswell, 1982.....	306
Webb, Kernaghan R. "Regulatory Offences, the Mental Element and the Charter: Rough Road Ahead" (1989), 21 <i>Ottawa L. Rev.</i> 419.....	231
Wegenast, Franklin Wellington. <i>The Law of Canadian Companies</i> . Toronto: Carswell, 1979.....	402
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961	284, 672
Wiseman, Christine M. "The 'Reasonableness' of the Investigative Detention: An 'Ad Hoc' Constitutional Test" (1984), 67 <i>Marq. L. Rev.</i> 641	61
Woods, Seumas. "Interrogation Law and the Charter: An American Plan for the Renovations" (1985), 43 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 153	64
Yellin, Jacob M. "The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege" (1983), 23 <i>Santa Clara L. Rev.</i> 95	300
Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 329.....	60

The Zaidan Group Ltd. Appellant

v.

The Corporation of the City of London Respondent

INDEXED AS: Z Aidan Group Ltd. v. London (City)

File No.: 21850.

1991: November 7; 1991: November 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Restitution — Unjust enrichment — Taxpayer successfully appealing municipal tax assessment — City refunding overpayment of taxes — Taxpayer claiming interest allegedly earned by city on overpayment — Statute empowering city to pass by-law authorizing interest payments on tax overpayments — City not passing such a by-law — Doctrine of unjust enrichment not applicable — Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, c. 44, s. 6(1).

Held: The appeal should be dismissed.

Statutes and Regulations Cited

Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, c. 44, s. 6(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 71 O.R. (2d) 65, 64 D.L.R. (4th) 514, 36 O.A.C. 384, 47 M.P.L.R. 1, 35 E.T.R. 162, reversing a judgment of the Divisional Court (1988), 64 O.R. (2d) 438, 49 D.L.R. (4th) 681, 37 M.P.L.R. 261, 30 E.T.R. 59, 48 R.P.R. 253, affirming a judgment of the High Court of Justice (1987), 58 O.R. (2d) 667, 36 D.L.R. (4th) 443, 35 M.P.L.R. 148, 25 E.T.R. 283, 43 R.P.R. 276, allowing appellant's action to recover interest on overpaid taxes. Appeal dismissed.

Edward Richmond and Joseph Richmond, for the appellant.

The Zaidan Group Ltd. Appelante

c.

^a La corporation municipale de London Intimée

RÉPERTORIÉ: Z Aidan Group Ltd. c. London (Ville)

^b N° du greffe: 21850.

1991: 7 novembre; 1991: 21 novembre.

^c Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Restitution — Enrichissement sans cause — Cotisation de taxes municipales contestée avec succès par un contribuable — Remboursement par la ville du trop-perçu de taxes — Réclamation par le contribuable des intérêts que la ville aurait réalisés sur le trop-perçu — Loi habilitant la ville à adopter un règlement autorisant le paiement d'intérêts sur les trop-perçus de taxes — Aucun règlement de cette nature adopté par la ville — Inapplicabilité de la théorie de l'enrichissement sans cause — Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, ch. 44, art. 6(1).

^f *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.**Lois et règlements cités**

Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, ch. 44, art. 6(1).

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 71 O.R. (2d) 65, 64 D.L.R. (4th) 514, 36 O.A.C. 384, 47 M.P.L.R. 1, 35 E.T.R. 162, qui a infirmé un jugement de la Cour divisionnaire (1988), 64 O.R. (2d) 438, 49 D.L.R. (4th) 681, 37 M.P.L.R. 261, 30 E.T.R. 59, 48 R.P.R. 253, qui avait confirmé un jugement de la Haute Cour de justice (1987), 58 O.R. (2d) 667, 36 D.L.R. (4th) 443, 35 M.P.L.R. 148, 25 E.T.R. 283, 43 R.P.R. 276, accueillant l'action en recouvrement d'intérêts sur un trop-perçu de taxes, intentée par l'appelante. Pourvoi rejeté.

^j *Edward Richmond et Joseph Richmond, pour l'appelante.*

James R. Caskey, Q.C., for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—We are all of the view that this appeal must be dismissed. The appellant's claim to interest on an overpayment of tax based on the doctrine of unjust enrichment is not available in this case in the light of s. 6(1) of the *Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982*, S.O. 1982, c. 44. This section authorizes a municipality to pass a by-law for the payment of interest and also gives a municipality a discretion to do so. In this case, the City of London did not pass such a by-law. Accordingly, the claim for unjust enrichment fails and the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Richmond, Stambler & Mills, London.

Solicitors for the respondent: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London.

James R. Caskey, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit échouer. L'appelante ne peut réclamer le paiement d'intérêts sur un trop-perçu de taxes en se fondant sur la théorie de l'enrichissement sans cause, en raison du par. 6(1) de la *Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982*, S.O. 1982, ch. 44. Ce paragraphe autorise une municipalité à adopter un règlement visant le paiement d'intérêts et lui confère aussi le pouvoir discrétionnaire de le faire. En l'espèce, la ville de London n'a pas adopté pareil règlement. En conséquence, la demande fondée sur l'enrichissement sans cause échoue et le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Richmond, Stambler & Mills, London.

Procureurs de l'intimée: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London.

Emerson Raymond Broyles Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. BROYLES

File No.: 21316.

1991: June 19; 1991: November 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Accused visited by friend while in custody — Visit arranged by police — Conversation taped by friend with police body pack — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

Criminal law — Right to silence — Accused visited by friend while in custody — Visit arranged by police — Conversation taped by friend with police body pack — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

Evidence — Tape recording of conversation between accused in custody and a friend — Recording done by the friend wearing police body pack — Visit arranged by police — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

Emerson Raymond Broyles Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. BROYLES

^b N° du greffe: 21316.

1991: 19 juin; 1991: 28 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Visite d'un ami à un accusé détenu sous garde — Visite organisée par la police — Conversation enregistrée par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — La preuve viole-t-elle le droit de garder le silence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), b)(iii).

^f *Droit criminel — Droit de garder le silence — Visite d'un ami à un accusé détenu sous garde — Visite organisée par la police — Conversation enregistrée par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — La preuve viole-t-elle le droit de garder le silence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), b)(iii).*

^g *Preuve — Enregistrement d'une conversation entre un accusé détenu sous garde et un ami — Enregistrement réalisé par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — Visite organisée par la police — La preuve viole-t-elle le droit de garder le silence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(ii), b)(iii).*

Appellant was convicted of second-degree murder and his appeal to the Court of Appeal was dismissed. All the evidence against the appellant was of a circumstantial nature. The police had arranged for a friend to visit the appellant, while the appellant was in custody, and provided the friend with a body pack recording device. A tape recording of the conversation, which established that the appellant knew of the time of the victim's death, was admitted into evidence. During the conversation, the friend encouraged the appellant to ignore his lawyer's advice that he remain silent and elicited information. At issue was whether the authorities obtained evidence of the appellant's conversation with the informer in a manner that violated the appellant's right to silence, including his right to choose whether or not to speak to the authorities.

Held: The appeal should be allowed.

The right to silence is triggered when the accused is subjected to the coercive powers of the state through his or her detention. This right protects against the use of state power to subvert the right of an accused to choose whether or not to speak to the authorities. Where the informer who allegedly acted to subvert the right to silence of the accused is not obviously a state agent, the analysis must focus on both the relationship between the informer and the state and the relationship between the informer and the accused. The right to silence will only be infringed where the informer was acting as an agent of the state at the time the accused made the statement and where it was the informer who caused the accused to make the statement. Accordingly, two distinct inquiries are required. First, as a threshold question, was the evidence obtained by an agent of the state? Second, was the evidence elicited? The right to silence in s. 7 will be violated only if both questions are answered in the affirmative.

In answering the threshold question of whether the evidence was obtained by an agent of the state, one should remember that the purpose of the right to silence is to limit the coercive power of the state. If the person to whom the impugned remarks are made is not an agent of the state, there will be no violation of the right to silence. The test for determining whether an informer is a state agent for the purposes of the right to silence is a simple one: would the exchange between the accused and the informer have taken place, in the form and manner in which it did take place, but for the intervention of the state or its agents?

L'appellant a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré et la Cour d'appel a rejeté son appel. Toute la preuve contre l'appellant était circonstancielle. La police avait organisé la visite d'un ami à l'appellant, alors que celui-ci était détenu sous garde, et a fourni à l'ami un micro-émetteur de poche. Un enregistrement de la conversation qui établissait que l'appellant savait à quel moment la victime était morte a été utilisé en preuve. Pendant la conversation, l'ami a encouragé l'appellant à ne pas tenir compte du conseil de son avocat de garder le silence et lui a soutiré des renseignements. Il s'agit en l'espèce de savoir si les autorités ont obtenu la preuve de la conversation entre l'appellant et l'indicateur d'une manière qui viole le droit de l'appellant de garder le silence, notamment son droit de choisir de parler ou non aux autorités.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le droit de garder le silence entre en cause lorsque, suite à sa détention, l'accusé est soumis au pouvoir coercitif de l'État. Ce droit protège contre l'utilisation par l'État de son pouvoir pour contourner le droit qu'a l'accusé de choisir de parler ou non aux autorités. Lorsque, de toute évidence, l'indicateur de police qui a présumément tenté de contourner le droit de l'accusé de garder le silence n'est pas un représentant de l'État, l'analyse doit porter à la fois sur les liens qui existent entre l'indicateur et l'accusé, et sur les rapports qui unissent l'indicateur à l'État. Le droit de garder le silence ne sera violé que si l'indicateur agissait à titre de représentant de l'État au moment où l'accusé a fait sa déclaration et s'il a poussé l'accusé à faire une déclaration. Par conséquent, il faut procéder à deux examens distincts. Tout d'abord, comme question préliminaire: la preuve a-t-elle été obtenue par un représentant de l'État? Deuxièmement, la preuve a-t-elle été obtenue de façon irrégulière? Il n'y aura violation du droit de garder le silence prévu à l'art. 7 que si les réponses à ces deux questions sont affirmatives.

Pour répondre à la question préliminaire de savoir si la preuve a été obtenue d'un représentant de l'État, il ne faut pas oublier que le droit de garder le silence a pour but de restreindre le pouvoir coercitif de l'État. Si la personne qui a entendu les remarques attaquées n'est pas un représentant de l'État, le droit de garder le silence n'aura pas été violé. Le critère pour déterminer si l'indicateur est un représentant de l'État aux fins du droit de garder le silence est simple: l'échange entre l'accusé et l'indicateur aurait-il eu lieu, de la même façon et sous la même forme, n'eût été l'intervention de l'État ou de ses représentants?

Only if the answer to this question is in the negative will it be necessary to go on to consider whether the evidence in question was elicited by the informer. There will be no violation of the right to silence if the suspect freely decides to provide the information; for there to be a violation, the information must be actively elicited by the state agent. In deciding whether the information was elicited, two sets of factors should be considered to determine whether, considering all the circumstances, there is a causal link between the conduct of the state agent and the making of the statement by the accused.

The first set of factors concerns the nature of the exchange between the accused and the state agent. Looking at the conversation as a whole, did the informer conduct his or her part of the conversation as the accused would ordinarily have expected, or was the conversation the functional equivalent of an interrogation? The second set of factors concerns the nature of the relationship between the state agent and the accused: did the state agent exploit any special characteristics of the relationship to extract a statement?

The authorities may not take the benefit of the actions of their agent who exceeds his or her instructions. To hold otherwise would be to ignore the fact that the primary emphasis of the right to silence in s. 7 is on the use of the coercive power of the state against the suspect. The authorities ought not to be able to shield themselves behind the subtleties of their relationship with the informer.

Applying the above principles to the facts of this case, it is clear that the informer was an agent of the state for the purposes of the right to silence in s. 7. The conversation here would not have occurred or would have been materially different but for the authorities' intervention. Furthermore, the impugned statement was elicited. Parts of the conversation were functionally the equivalent of an interrogation, and the appellant's trust in the informer as a friend was used to undermine the appellant's confidence in his lawyer's advice to remain silent and to create a mental state in which the appellant was more likely to talk. That the police did not instruct the informer to elicit a statement from Broyles was irrelevant.

The actions of the police were not expressly or impliedly provided for by statute or the result of a common law rule and therefore cannot be justified under s. 1

Ce n'est que si la réponse à cette question est négative qu'il faudra tenter de déterminer si l'indicateur a soutiré la preuve en question. Il n'y aura pas violation du droit de garder le silence si le suspect décide de son propre chef de fournir les renseignements; car, pour qu'il y ait violation, le représentant de l'État doit obtenir de façon active les renseignements. Pour trancher la question de savoir si les renseignements ont été obtenus de façon irrégulière, il faut tenir compte de deux ensembles de facteurs afin de déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, il existe un lien de causalité entre la conduite du représentant de l'État et la décision de l'accusé de faire une déclaration.

Le premier ensemble de facteurs porte sur la nature de l'échange entre l'accusé et le représentant de l'État. Si l'on considère l'ensemble de la conversation, l'indicateur a-t-il mené sa part de la conversation d'une manière à laquelle l'accusé se serait normalement attendu, ou la conversation équivalait-elle un interrogatoire? Le deuxième ensemble de facteurs concerne la nature des rapports existant entre le représentant de l'État et l'accusé. Le représentant de l'État a-t-il exploité quelque aspect de ces rapports pour arracher la déclaration?

Les autorités ne peuvent profiter des gestes accomplis par leurs représentants si ces derniers ont outrepassé les instructions reçues. Autrement, cela équivaudrait à ignorer le fait que l'élément principal du droit de garder le silence en vertu de l'art. 7 est lié à l'exercice du pouvoir coercitif de l'État à l'encontre du suspect. Les autorités ne devraient pas pouvoir se cacher derrière les subtilités de leurs rapports avec l'indicateur.

Si l'on applique ces principes aux faits de l'espèce, il est évident que l'indicateur était un représentant de l'État aux fins du droit de garder le silence garanti par l'art. 7. Si les autorités n'étaient pas intervenues, la conversation en l'espèce n'aurait pas eu lieu ou elle aurait pris une direction essentiellement différente. En outre, la déclaration attaquée a été obtenue de façon irrégulière. Certaines parties de la conversation équivalent pratiquement à un interrogatoire et l'amitié que vouait l'appellant à l'indicateur a été utilisée pour miner sa confiance à l'égard de son avocat qui lui conseillait de se taire et pour le rendre ainsi mentalement plus susceptible de parler. Le fait que les policiers n'ont pas ordonné à l'indicateur de soutirer une déclaration de Broyles n'est pas pertinent.

Les gestes des policiers n'étaient ni expressément ni tacitement prévus par une loi ou par une règle de common law et, par conséquent, puisqu'ils n'étaient pas

since they were not “prescribed by law”. The admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Considering the three sets of factors from *Collins* in turn, evidence obtained by conscripting the accused against himself or herself will generally render the trial unfair and the existence of other admissible evidence also tending to incriminate the accused will not make the trial fair. Self-incriminatory evidence strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination, and the unfairness of the trial will be only increased if the conviction depends on the self-incriminatory evidence.

The violation of the appellant’s right to silence was sufficiently serious to operate in favour of excluding the evidence. The informer systematically undermined the appellant’s confidence in his counsel. Moreover, where the fairness of the trial has been affected by the admission of tainted evidence, good faith on the part of the police cannot justify admitting the evidence.

The fact that an offence is serious can provide no justification for the admission of the evidence where the fairness of the trial has been affected. This is all the more so where the impugned evidence is not the only evidence incriminating the accused.

This was not an appropriate case to exercise the power granted by s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to dismiss the appeal where no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. This section cannot be invoked if there is any possibility that a trial judge would have a reasonable doubt on the admissible evidence. Given the importance of the evidence that resulted from the informer’s conversation with the appellant, it is possible that a trier of fact would have a reasonable doubt as to the appellant’s guilt if the evidence in question were removed from consideration.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; **referred to:** *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985); *Illinois v. Perkins*, 110 S.Ct. 2394 (1990); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v.*

prescrits «par une règle de droit», ils ne sauraient être justifiés en vertu de l’article premier. L’utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Si l’on tient compte des trois facteurs énumérés dans *Collins*, le fait qu’on obtienne les éléments de preuve en conscrivant l’accusé contre lui-même suffira généralement à rendre le procès inéquitable, et l’existence d’autres éléments de preuve recevables tendant également à incriminer l’accusé ne rendra pas le procès équitable. L’utilisation d’éléments de preuve auto-incriminants constitue une attaque contre l’un des principes fondamentaux d’un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même et, si la déclaration de culpabilité dépend d’éléments de preuve auto-incriminants, le caractère inéquitable du procès n’en sera qu’accru.

La violation du droit de l’appelant de garder le silence est suffisamment grave qu’elle a pour effet de pencher en faveur de l’exclusion de l’élément de preuve. L’indicateur a systématiquement miné la confiance qu’avait l’appelant en son avocat. En outre, lorsque l’utilisation d’éléments de preuve viciés a nui à l’équité du procès, la bonne foi des policiers ne peut justifier l’utilisation de la preuve.

Le fait qu’il s’agisse d’un crime grave ne justifie pas l’utilisation de la preuve lorsque cette utilisation nuit à l’équité du procès. Et cela d’autant plus lorsque la preuve attaquée n’est pas le seul élément de preuve incriminant contre l’accusé.

Il n’y a pas lieu d’exercer le pouvoir qu’accorde le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* de rejeter l’appel si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit. Cette disposition ne saurait être invoquée s’il existe une possibilité qu’un juge du procès ait un doute raisonnable d’après les éléments de preuve admissibles. Compte tenu de l’importance de la preuve tirée de la conversation entre l’indicateur et l’appelant, il est possible qu’un juge des faits ait un doute raisonnable sur la culpabilité de l’appelant si l’élément de preuve en question ne lui est pas soumis.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt examiné: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; **arrêts mentionnés:** *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985); *Illinois v. Perkins*, 110 S.Ct. 2394 (1990); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stra-*

Strachan, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada* (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Ladouneur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 11(c), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(a)(ii), (b)(iii)).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 82 A.R. 238, dismissing an appeal from conviction by Foster J. sitting with jury. Appeal allowed.

Richard A. Stroppel, for the appellant.

Paul C. Bourque, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J.—This appeal raises important questions as to the admissibility of evidence of a taped conversation between an accused in custody and a friend who visited him at the behest of the police, who made arrangements for the visit including providing the friend with a body pack recording device.

I. Facts

The appellant, Emerson Raymond Broyles was sixteen years old at the time of the alleged murder of his grandmother. He had been living with his mother until she threw him out of the house in January or February of 1984. Broyles then lived with a number of people, including his grandmother, Lorraine

chan, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada* (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Ladouneur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10(b), 11(c), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(ii), b)(iii) (anciennement S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 613(1)a)(ii), b)(iii)).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 82 A.R. 238, qui a rejeté un appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Foster siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

Richard A. Stroppel, pour l'appelant.

Paul C. Bourque, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi soulève d'importantes questions quant à la recevabilité en preuve d'une conversation enregistrée entre l'accusé détenu sous garde et un ami qui lui a rendu visite sur l'ordre des policiers, qui avaient organisé la visite notamment en fournissant un micro-émetteur de poche à l'ami en question.

I. Les faits

L'appelant, Emerson Raymond Broyles, était âgé de seize ans au moment du meurtre présumé de sa grand-mère. Il demeurait chez sa mère jusqu'à ce qu'elle l'expulse de la maison en janvier ou février 1984. Broyles a alors vécu avec un certain nombre de personnes, dont sa grand-mère, Lorraine Briggs.

Briggs. Briggs had a one bedroom basement suite in a house owned by an elderly man. Briggs slept in a camperized van which she parked in the back of the house, and which she drove to work. When Broyles stayed with her, he slept in an upstairs bedroom. Briggs worked as a cook at the Edmonton Journal Cafeteria. She started work at six in the morning, and was never late.

On June 26, 1984, Briggs did not show up for work. Repeated phone calls to her home by her supervisor went unanswered. On July 3, Briggs' body was found under the stairwell in her home, wrapped in green plastic garbage bags. The body had begun to decompose. The cause of death was asphyxia resulting from strangulation; two coils of thick rope were still wrapped tightly around her neck when she was found. The body was dressed in a long sleeved sweater, a camisole and a nightie with a bra loosely arranged on the body but not in place. The nightie had been pulled up and the thighs and genital area exposed but it was impossible to say if Briggs had been sexually molested. A palm print was found on one of the garbage bags which was positively identified as being that of the accused Broyles. In the expert opinion of an R.C.M.P. laser expert, the print was "most likely placed on the bag at a time when there was an item in the bag". On July 4, Broyles was charged with two counts of forgery. On July 6, he was charged with murder.

The only evidence implicating Broyles in the murder was circumstantial. Broyles was seen driving his grandmother's van at seven or seven thirty on the morning of her disappearance. He drove the van until his arrest on July 3. Broyles made numerous inconsistent statements about the events surrounding his grandmother's disappearance. Of particular importance on this appeal are statements made by Broyles to Todd Ritter. Ritter was Broyles' friend. He was asked by the police to visit Broyles wearing a body pack recording device. Although Broyles did not admit to killing his grandmother to Ritter, he did admit that he knew she was dead the day she went missing. Broyles added, "[b]ut the cops don't know

Celle-ci habitait dans un studio d'une pièce, au sous-sol d'une maison appartenant à un homme âgé. Elle dormait dans une fourgonnette aménagée pour le camping qu'elle garait derrière la maison, et qu'elle utilisait pour aller à son travail. Lorsque Broyles demeurait chez elle, il couchait dans une chambre située à l'étage. Briggs était cuisinière à la cafétéria du Edmonton Journal. Elle commençait à travailler à six heures du matin et elle était toujours ponctuelle.

Le 26 juin 1984, Briggs ne s'est pas présentée au travail. Son superviseur a appelé chez elle plusieurs fois mais n'a pas obtenu de réponse. Le 3 juillet, son corps a été découvert, sous la cage d'escalier chez elle, enveloppé dans des sacs à ordures de plastique vert. Le corps avait commencé à se décomposer. L'asphyxie par strangulation était la cause du décès. Lorsqu'on a retrouvé la victime, une grosse corde, enroulée deux fois, lui enserrait encore le cou. Elle portait un chandail à manches longues, une camisole et une robe de nuit ainsi qu'un soutien-gorge qui avait été enfilé mais qui n'était pas ajusté. La robe de nuit avait été relevée, et les cuisses et les parties génitales étaient exposées, mais il était impossible de savoir si Briggs avait été victime d'agression sexuelle. L'empreinte d'une paume a été relevée sur l'un des sacs à ordures; elle a été identifiée positivement comme celle de l'accusé Broyles. Selon l'expert en laser de la GRC, l'empreinte avait été [TRADUCTION] «probablement placée sur le sac alors qu'il contenait quelque chose». Le 4 juillet, Broyles a été accusé sous deux chefs de faux. Le 6 juillet, il était accusé de meurtre.

La seule preuve impliquant Broyles dans le meurtre était circonstancielle. Broyles a été aperçu au volant de la fourgonnette de sa grand-mère vers sept heures ou sept heures et demi, le matin de la disparition de cette dernière. Il a gardé la fourgonnette jusqu'à son arrestation, le 3 juillet. Broyles a fait de nombreuses déclarations incompatibles au sujet des événements entourant la disparition de sa grand-mère. Dans le cadre du présent pourvoi, les déclarations faites par Broyles à Todd Ritter sont particulièrement pertinentes. Ritter était l'ami de Broyles. Les policiers lui ont demandé de visiter Broyles, muni d'un micro-émetteur de poche. Bien que Broyles n'ait pas admis devant Ritter avoir tué sa grand-mère,

that I knew she was downstairs. Only my [lawyer] knows that. And now you do". Broyles was convicted at trial before a judge and jury of second degree murder. He was given the minimum sentence of life in prison without eligibility for parole for ten years.

Broyles was advised of his right to counsel when he was first arrested for fraud on July 3. At the station, Broyles asked to call a lawyer. He was given a telephone and a telephone book, and left alone to make a telephone call. Broyles was seen to punch numbers into the phone, but he did not appear to be talking. Broyles was then questioned by Detective Anderson. He was told that he was not obliged to say anything unless he wished to do so, but that anything he said might be given in evidence. The interview lasted from 8:30 p.m. to 9 p.m. on July 3. Detective Anderson identified himself as being from the Homicide Branch of the Edmonton City Police. He did not tell Broyles that he was a suspect in the disappearance of the deceased Briggs. The interview was brought to an abrupt end when Anderson was called out of the room to be informed that Briggs' body had been discovered.

Anderson began a second interview of Broyles at 11 p.m. on the same day. Anderson testified that, at the beginning of the second interview, Broyles was not a suspect in a homicide. Anderson added that at that time the police were not even sure that what they had was a homicide. Anderson brought the interview to an end at 11:30 p.m. because he thought he would get nothing new from Broyles. Anderson then processed the paper work for the forgery charges. However, Broyles was not released because the "investigation of the 'suspicious death' was not concluded so they kept him in the holding area in case they wanted to talk to him again"

Detective Stewart saw the body of the deceased that same night at 10:25 p.m. He testified that he suspected that it was an unnatural death because of the way in which the body was found wrapped in plastic bags and entwined in ropes. He returned to headquarter

il a bel et bien admis qu'il savait qu'elle était morte le jour de sa disparition. Broyles a ajouté: [TRADUCTION] «[m]ais les policiers ne savent pas que je savais qu'elle était en bas. Seul mon [avocat] le sait. Et maintenant tu le sais.» Broyles a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré à la suite d'un procès devant juge et jury. Il a été condamné à la peine minimale d'emprisonnement à vie, sans possibilité de libération conditionnelle pendant dix ans.

Broyles a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'il a été arrêté pour fraude, le 3 juillet. Arrivé au poste, Broyles a demandé à appeler un avocat. On lui a remis un téléphone et un annuaire téléphonique, et on l'a laissé seul pour faire son appel. On a vu Broyles composer un numéro, mais il ne semblait pas parler. Broyles a ensuite été interrogé par le détective Anderson. Ce dernier lui a dit qu'il n'était pas obligé de parler, mais que tout ce qu'il dirait pourrait être déposé en preuve. L'interrogatoire a eu lieu de 20 h 30 à 21 h 00, le 3 juillet. Le détective Anderson s'est identifié comme un membre du Service des homicides de la police de la ville d'Edmonton. Il n'a pas dit à Broyles qu'il était considéré comme un suspect dans la disparition de la défunte, Briggs. L'interrogatoire s'est terminé abruptement lorsqu'on a appelé Anderson à l'extérieur de la pièce pour lui apprendre qu'on avait découvert le corps de Briggs.

Anderson a entrepris un deuxième interrogatoire de Broyles, à 23 h, le même soir. Il a déclaré que, au début du deuxième interrogatoire, Broyles n'était pas soupçonné d'homicide. Il a ajouté qu'à l'époque, les policiers n'étaient même pas certains qu'il s'agissait d'un homicide. Anderson a mis fin à l'interrogatoire à 23 h 30 parce qu'il pensait ne plus pouvoir tirer quoi que ce soit de Broyles. Anderson a ensuite rempli les papiers en rapport avec les accusations de faux. Toutefois, Broyles n'a pas été libéré parce que [TRADUCTION] «l'enquête sur la «mort suspecte» n'était pas terminée, alors ils l'ont gardé en détention au cas où ils voudraient lui parler de nouveau . . . »

Le détective Stewart a vu le corps de la défunte ce soir-là, à 22 h 25. Il a témoigné qu'il soupçonnait qu'il ne s'agissait pas d'une mort naturelle à cause de la façon dont le corps était enveloppé dans des sacs de plastique et enroulé de cordes. Il est retourné au

ters, where it was decided that he would interview Broyles. Broyles was questioned by Stewart beginning at two in the morning on the same night. He was again given the caution about not being required to say anything. The interview was tape-recorded. There was some question whether Broyles had asked for a lawyer during this interview, but the trial judge ruled that the relevant part of the tape was inaudible. Stewart testified that neither before nor after the interview was he prepared to charge Broyles with murder.

Broyles was questioned again shortly before three in the morning of the same night by a Detective Peters. He was given the caution once again. Peters had viewed the body between 10:30 p.m. and 1:10 a.m. of the same night. He suspected foul play. He suspected Broyles but did not have the basis to charge him. The interview ended at 3:39 a.m. on July 4. On July 6, Broyles was charged with murder.

II. Statutory and Charter Provisions

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686 (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613)

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . the court of appeal

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

. . .

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

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

quartier général, où on a décidé qu'il interrogerait Broyles. Stewart a interrogé Broyles à partir de deux heures du matin, cette nuit-là. Il l'a avisé une fois de plus qu'il n'était pas obligé de parler. L'interrogatoire a été enregistré au magnétophone. Il n'était pas certain que Broyles ait demandé l'assistance d'un avocat au cours de cet interrogatoire, mais le juge du procès a conclu que la partie pertinente de l'enregistrement était inaudible. Stewart a témoigné qu'il n'était pas prêt à accuser Broyles de meurtre, ni avant ni après l'interrogatoire.

Broyles a été interrogé de nouveau, peu avant trois heures du matin, cette nuit-là, par le détective Peters. Il a reçu l'avertissement de nouveau. Peters avait vu le corps entre 22 h 30 et 1 h 10. Il soupçonnait quelque chose de louche. Ses soupçons portaient sur Broyles mais il n'avait aucun motif pour l'accuser. L'interrogatoire s'est terminé à 3 h 39, le 4 juillet. Le 6 juillet, Broyles était accusé de meurtre.

II. Les dispositions législatives

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686 (anciennement S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 613)

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [. . .] la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

. . .

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

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

. . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit

except in accordance with the principles of fundamental justice.

10. Everyone has the right on arrest or detention

. . .

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

24. . . .

(2) Where . . . a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. The Courts Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench*

Foster J. held a *voir dire* on the voluntariness of the statements made by Broyles to Detectives Anderson, Stewart and Peters, and to Todd Ritter. The trial judge found that the statements to the detectives were made to persons in authority and were voluntary according to the tests in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), and *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640. The trial judge also rejected the argument of defence counsel that the *Charter* cautions given to the accused were only in respect of the first charges for fraud, while the later interviews related to a suspicion of murder:

The accused also argues that while he may have been cautioned, the cautions were with regard to a charge of fraud and that the interviews instead related to a suspicion of murder. This is not a case where an accused was arrested on one charge and then questioned on an unrelated matter. Nor was there any lack of bona fides in the fraud or forgery charges being laid. Nor indeed were these charges insignificant. It was at all times clear in the accused's mind what incidents he was being questioned about, namely the disappearance of his grandmother, his possession of her van, and her cheques. As soon as the investigation reached the stage where it was possible, the murder charge was added to the forgery charges. These matters were all interrelated and I do not

qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a

. . .

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

b

24. . . .

(2) Lorsque, [...] le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

d

III. Les tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

Le juge Foster a tenu un *voir-dire* sur le caractère libre et volontaire des déclarations faites par Broyles aux détectives Anderson, Stewart et Peters, et à Todd Ritter. Le juge du procès a conclu que les déclarations reçues par les détectives avaient été faites à des personnes en situation d'autorité et qu'elles étaient libres et volontaires selon les critères établis dans *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.) et *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640. Le juge du procès a également rejeté l'argument de la défense selon lequel les avertissements donnés en vertu de la *Charte* à l'accusé ne visaient que les premières accusations de fraude, tandis que les interrogatoires subséquents portaient sur des soupçons de meurtre:

[TRADUCTION] L'accusé prétend aussi que, même s'il a été averti, ces avertissements étaient liés à une accusation de fraude tandis que les interrogatoires portaient plutôt sur des soupçons de meurtre. En l'espèce, l'accusé n'a pas été arrêté pour une infraction donnée puis interrogé sur des questions tout à fait différentes. Il n'y avait aucune mauvaise foi non plus dans les accusations de fraude ou de faux. D'ailleurs, ces accusations n'étaient pas sans importance. Dès le début, l'accusé était conscient des incidents au sujet desquels il était interrogé, savoir la disparition de sa grand-mère et le fait qu'il était en possession de sa fourgonnette et de ses chèques. Dès que l'enquête l'a permis, l'accusation de meurtre a été ajoutée aux accusations de faux. Toutes

see any misleading or prejudice to the accused in connection with the caution.

There was some question whether Broyles had asked for a lawyer during the interview with Detective Stewart. The trial judge ruled that portion of the tape inaudible, and accepted Detective Stewart's testimony that Broyles had not asked to call his lawyer. The trial judge also ruled that even if there were infringements of Broyles' *Charter* rights, the admission of the statements would not bring the administration of justice into disrepute, and that consequently the statements would have been admissible in any case.

The trial judge rejected the contention of defence counsel that the Remand Centre had a duty not to allow Ritter to see the accused where Ritter's purpose was to allow the police to monitor a conversation between himself and the accused. The trial judge held that no s. 7 rights were involved:

[Defence counsel argues] [t]hat the duty [of the Remand Centre] included a duty not to allow Ritter in to see the accused where Ritter's purpose was to allow the police to surreptitiously monitor a conversation between Ritter and the accused. I do not accept this argument. I find no such duty on the Remand Centre and I do not see how these circumstances can in any way be construed to be a breach of Section 7 of the Charter. There is no violation of the accused's right to security of the person. The Ritter statement is accordingly admissible in evidence.

B. *Alberta Court of Appeal* (1987), 82 A.R. 238

The Alberta Court of Appeal dismissed Broyles' appeal. Writing for the Court, Stevenson J.A. (as he then was) rejected the s. 7 argument summarily. He found that s. 7 did not prohibit the conduct complained of at p. 240:

The second ground [of appeal] was an assertion that the officers of the Remand Centre were under a duty imposed by s. 7 of the *Charter* not to permit access to the accused by anyone whose object was to obtain any admission against his interest. We were not pointed to

ces questions étaient connexes et je ne saurais conclure que l'accusé a été victime de fausses représentations ou de préjudice en ce qui a trait à l'avertissement qu'il a reçu.

Un doute subsistait quant à savoir si Broyles avait demandé l'assistance d'un avocat pendant l'interrogatoire mené par le détective Stewart. Le juge du procès a statué que cette partie de l'enregistrement était inaudible et a accepté le témoignage du détective Stewart selon lequel Broyles n'avait pas demandé à appeler son avocat. Le juge du procès a également conclu que, même en cas d'atteinte aux droits garantis à Broyles par la *Charte*, l'utilisation des déclarations n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et qu'en conséquence, les déclarations auraient été recevables de toute façon.

Le juge du procès a rejeté la prétention de la défense selon laquelle le Remand Centre (le «centre de détention provisoire») avait le devoir de ne pas permettre à Ritter de voir l'accusé quand cette visite avait pour but de permettre aux policiers de suivre sa conversation avec l'accusé. Le juge du procès a conclu qu'aucun droit garanti par l'art. 7 n'était en cause:

[TRADUCTION] [L'avocat de la défense prétend] [q]ue les obligations du [centre de détention provisoire] comprenaient l'obligation de ne pas laisser Ritter voir l'accusé quand sa visite avait pour but de permettre aux policiers de suivre subrepticement la conversation entre Ritter et l'accusé. Je ne puis accepter cette prétention. J'estime que le centre de détention provisoire n'avait aucune obligation à cet égard et je ne vois pas comment ces circonstances pourraient être considérées comme une atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Le droit de l'accusé à la sécurité de sa personne n'a jamais été violé. La déclaration de Ritter est donc recevable en preuve.

B. *La Cour d'appel de l'Alberta* (1987), 82 A.R. 238

La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel de Broyles. Le juge Stevenson (alors juge de la Cour d'appel) a rejeté sommairement l'argument relatif à l'art. 7. Il a conclu que l'art. 7 n'interdisait pas la conduite reprochée, à la p. 240:

[TRADUCTION] Comme deuxième motif [d'appel], on a affirmé que les agents du centre de détention avaient l'obligation, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, de refuser la permission de rencontrer l'accusé à toute personne ayant pour but d'obtenir une confession à l'encontre des

anything in the section that would justify that conclusion.

Stevenson J.A. dealt at greater length with the issue of the rights of the accused under s. 10(b) of the *Charter*. He considered, but ultimately rejected, the argument of defence counsel that a fresh duty to give s. 10(b) advice arose when the focus of the police investigation changed from fraud to murder. Stevenson J.A. noted that the accused was fully aware of his *Charter* rights from the caution given to him on his initial arrest, and that he had been given an opportunity to contact his counsel. He rejected the notion that an accused should again be informed of a right which he already understands: "There is no reality to any suggestion that the accused should be again informed of a right which he understood, in relation to circumstances which he also understood". In addition, the Court of Appeal declined to interfere with the ruling of Foster J. that Broyles had not asked to call his lawyer during the interview with Detective Stewart.

IV. Issues

The parties raise the following issues:

1. Was the evidence of the conversation between the appellant and Ritter obtained in a manner which infringed s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to the first question is yes, should the evidence be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?
3. Is it appropriate to invoke the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*?

The issue of a possible violation of s. 10(b) of the *Charter* was abandoned on appeal by the appellant.

V. Analysis

A. *Section 7 of the Charter*

In *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, this Court found that s. 7 of the *Charter* includes a right to

intérêts de l'accusé. Personne ne nous a indiqué que cette disposition permet de tirer cette conclusion.

Le juge Stevenson a traité de façon plus détaillée de la question des droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) de la *Charte*. Il a examiné, puis rejeté, l'argument de la défense portant sur l'existence d'une nouvelle obligation de donner un avertissement en vertu de l'al. 10b) lorsque l'objet de l'enquête policière passe de la fraude au meurtre. Le juge Stevenson a souligné que l'accusé était tout à fait conscient des droits que lui garantissait la *Charte* grâce à l'avertissement qu'il avait reçu lors de sa première arrestation et qu'il avait eu l'occasion de communiquer avec son avocat. Il a rejeté l'idée qu'un accusé devrait être avisé de nouveau d'un droit qu'il comprend déjà: [TRADUCTION] «Rien ne justifie qu'un accusé doive être avisé de nouveau d'un droit qu'il a compris, relativement à des circonstances qu'il a également comprises». En outre, la Cour d'appel a refusé de modifier la décision du juge Foster selon laquelle Broyles n'avait pas demandé au détective Stewart la permission d'appeler son avocat pendant l'interrogatoire avec ce dernier.

IV. Les questions en litige

Les parties soulèvent les questions suivantes:

1. La preuve de la conversation entre l'appelant et Ritter a-t-elle été obtenue en contravention de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cet élément de preuve devrait-il être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?
3. Peut-on invoquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*?

L'appelant n'a pas soulevé la question de la violation possible de l'al. 10b) de la *Charte* au niveau du présent pourvoi.

V. L'analyse

A. *L'article 7 de la Charte*

Dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, notre Cour a conclu que l'art. 7 de la *Charte* comprend un droit

silence which includes the right to choose whether or not to make a statement to the authorities. In *Hebert*, Justice McLachlin described the right as follows, at p. 186:

The essence of the right to silence is that the suspect be given a choice; the right is quite simply the freedom to choose — the freedom to speak to the authorities on the one hand, and the freedom to refuse to make a statement to them on the other.

The question before us here is therefore: did the authorities obtain evidence of the appellant's conversation with Ritter in a manner that violated the appellant's right to silence, including his right to choose whether or not to speak to the authorities?

(1) *R. v. Hebert*

At issue in *Hebert, supra*, was the admissibility of evidence obtained by an undercover police officer posing as a fellow cell mate of the appellant Hebert. McLachlin J. held that, where an undercover police officer does more than passively observe the suspect, but goes so far as to elicit information from him or her, s. 7 of the *Charter* will be infringed. On the facts of *Hebert*, it was evident that the authorities had used a trick to undercut Hebert's clearly asserted choice to remain silent.

It is clear from *Hebert* that the right to silence is triggered when the accused is subjected to the coercive powers of the state through his or her detention. The question of what right to silence, if any, remains after a detainee is released is a question not raised by the facts of this case.

This case requires this Court to answer two questions which were not raised in *Hebert*. In *Hebert* it was indisputable that the undercover officer was an agent of the state. In this case, Ritter was not a police officer. He was a friend of the appellant who was asked to visit the accused by the authorities, and whose visit was facilitated by them. We must therefore decide if Ritter was an agent of the state for the purposes of s. 7. Moreover, it is not self-evident, in light of *Hebert*, whether the manner in which Ritter

de garder le silence, notamment le droit de choisir de faire ou non une déclaration aux autorités. Dans *Hebert*, le juge McLachlin a ainsi décrit ce droit, à la p. 186:

Le droit de garder le silence consiste essentiellement à accorder au suspect un choix; il s'agit tout simplement de la liberté de choisir — la liberté de parler aux autorités, d'une part, et la liberté de refuser de leur faire une déclaration, d'autre part.

Nous sommes donc saisis de la question suivante: les autorités ont-elles obtenu la preuve de la conversation qui a eu lieu entre l'appelant et Ritter d'une façon qui viole le droit de l'appelant de garder le silence, notamment son droit de choisir de parler ou non aux autorités?

(1) *R. c. Hebert*

Dans l'arrêt *Hebert*, précité, il s'agissait d'établir la recevabilité d'éléments de preuve obtenus par un policier banalisé qui s'était fait passer pour un codétenu de l'appelant Hebert. Le juge McLachlin a conclu que lorsqu'un policier banalisé fait plus qu'observer passivement le suspect en allant jusqu'à lui soutirer des renseignements, cela contrevient à l'art. 7 de la *Charte*. D'après les faits de l'affaire *Hebert*, il était clair que les autorités avaient employé un artifice pour contrecarrer la décision de garder le silence qu'avait clairement prise Hebert.

Il est évident, d'après l'arrêt *Hebert*, que le droit de garder le silence entre en cause lorsque, suite à sa détention, l'accusé est soumis au pouvoir coercitif de l'État. Les faits de l'espèce ne soulèvent pas la question de l'étendue du droit de garder le silence que la personne détenue sous garde conserve, le cas échéant, après sa libération.

Le présent pourvoi exige de la Cour qu'elle réponde à deux questions qui n'avaient pas été soulevées dans *Hebert*. Dans cette affaire, il ne faisait pas de doute que le policier banalisé était un représentant de l'État. En l'espèce, Ritter n'était pas un policier, mais un ami de l'appelant à qui les autorités avaient demandé de visiter l'accusé et dont elles ont facilité la visite. Nous devons donc déterminer si Ritter était un représentant de l'État, aux fins de l'art. 7. De plus, compte tenu de l'arrêt *Hebert*, il n'est pas facile de

conducted his conversation with the appellant did or did not infringe the appellant's s. 7 rights. On the facts of *Hebert*, it was unnecessary to define "elicitation" precisely, whereas such a definition is required to reach a conclusion in this case.

(2) The Two-Part Test for the Right to Silence in s. 7

It is clear from *Hebert, supra*, that the purpose of the right to silence is to prevent the use of state power to subvert the right of an accused to choose whether or not to speak to the authorities. Where the informer who allegedly acted to subvert the right to silence of the accused is not obviously a state agent, the analysis will necessarily focus not only on the relationship between the informer and the accused, but also on the relationship between the informer and the state. The right to silence will only be infringed where it was the informer who caused the accused to make the statement, and where the informer was acting as an agent of the state at the time the accused made the statement. Accordingly, two distinct inquiries are required. First, as a threshold question, was the evidence obtained by an agent of the state? Second, was the evidence elicited? Only if the answer to both questions is in the affirmative will there be a violation of the right to silence in s. 7.

(a) The Threshold Question

In every case where the right to silence is raised, the threshold question will be: was the person who allegedly subverted the right to silence an agent of the state? In answering this question one should remember that the purpose of the right to silence is to limit the use of the coercive power of the state to force an individual to incriminate himself or herself; it is not to prevent individuals from incriminating themselves *per se*. Accordingly, if the person to whom the impugned remarks is made is not an agent of the state, there will be no violation of the right to silence.

déterminer si la façon dont Ritter a mené sa conversation avec l'appellant contrevenait ou non aux droits que garantit l'art. 7 à ce dernier. D'après les faits dans *Hebert*, il n'était pas nécessaire de définir le concept de l'«obtention de façon irrégulière», ce qu'il faudra faire en l'espèce avant de tirer une conclusion.

(2) Le critère en deux volets applicable au droit de garder le silence garanti par l'art. 7

L'arrêt *Hebert*, précité, établit clairement que le droit de garder le silence a pour but d'empêcher l'État d'utiliser son pouvoir pour contourner le droit qu'a l'accusé de choisir de parler ou non aux autorités. Lorsque, de toute évidence, l'indicateur de police qui a présumément tenté de contourner le droit de l'accusé de garder le silence n'est pas un représentant de l'État, il faudra que l'analyse porte non seulement sur les liens qui existent entre l'indicateur et l'accusé, mais aussi sur les rapports qui unissent l'indicateur à l'État. Le droit de garder le silence ne sera violé que si l'indicateur a poussé l'accusé à faire une déclaration et s'il agissait à titre de représentant de l'État au moment où l'accusé a fait sa déclaration. Par conséquent, il faut procéder à deux examens distincts. Tout d'abord, la question préliminaire: La preuve a-t-elle été obtenue par un représentant de l'État? Deuxièmement, la preuve a-t-elle été obtenue de façon irrégulière? Ce n'est que si les réponses à ces deux questions sont affirmatives qu'il y aura violation du droit de garder le silence prévu à l'art. 7.

(a) La question préliminaire

Chaque fois que le droit de garder le silence est soulevé, il faudra répondre à la question préliminaire: la personne qui a présumément contourné le droit de garder le silence était-elle un représentant de l'État? Pour répondre à cette question, il ne faut pas oublier que le droit de garder le silence a pour but de restreindre l'utilisation du pouvoir coercitif de l'État pour obliger une personne à s'incriminer; il ne vise pas en soi à empêcher les gens de s'incriminer. Par conséquent, si la personne qui a entendu les remarques attaquées n'est pas un représentant de l'État, le droit de garder le silence n'aura pas été violé.

In some cases, it will be clear that the person to whom the statements were made was an agent of the state. For example, if the statements were made to a police officer or to a prison official, whether in uniform or in plainclothes, there could be no question that the statements were made to an agent of the state. In other cases, it will be less clear. Where the statements are made to an informer, as in the case at bar, it may be arguable whether or not the coercive power of the state was brought to bear on the suspect in obtaining the statement from him or her.

In determining whether or not the informer is a state agent, it is appropriate to focus on the effect of the relationship between the informer and the authorities on the particular exchange or contact with the accused. A relationship between the informer and the state is relevant for the purposes of s. 7 only if it affects the circumstances surrounding the making of the impugned statement. A relationship between the informer and the authorities which develops after the statement is made, or which in no way affects the exchange between the informer and the accused, will not make the informer a state agent for the purposes of the exchange in question. Only if the relationship between the informer and the state is such that the exchange between the informer and the accused is materially different from what it would have been had there been no such relationship should the informer be considered a state agent for the purposes of the exchange. I would accordingly adopt the following simple test: would the exchange between the accused and the informer have taken place, in the form and manner in which it did take place, but for the intervention of the state or its agents?

If this test is applied to a conversation between a police officer and a suspect in custody, it is clear that the conversation would not have taken place but for the intervention of the officer. If it is applied to a conversation with a cell mate who has no contact with the authorities until after the conversation is concluded, it is equally clear that the actions of the authorities had no effect on the conversation, and that there would be no violation of the s. 7 right to silence. If, however, the cell mate spoke with the authorities before the conversation took place, then the question will be whether the conversation would

Dans certains cas, il est clair que la personne à qui les déclarations ont été faites était un représentant de l'État. Par exemple, si elles ont été faites à un policier ou à un employé d'un pénitencier, qu'il soit ou non en uniforme, il est certain que les déclarations ont été faites à un représentant de l'État. Dans d'autres cas, ce sera moins clair. Lorsque les déclarations ont été faites à un indicateur, comme en l'espèce, il sera plus difficile d'établir si l'État a exercé son pouvoir coercitif contre le suspect pour obtenir sa déclaration.

Pour déterminer si l'indicateur est un représentant de l'État, il convient de se concentrer sur l'effet qu'ont eu sur l'entretien ou la communication avec l'accusé les liens existant entre l'indicateur et les autorités. Ces liens n'ont de pertinence, aux fins de l'art. 7, que s'ils ont des conséquences sur les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. Lorsque les liens entre l'indicateur et les autorités se sont établis après l'obtention de la déclaration ou qu'ils n'affectent aucunement l'échange qui a eu lieu entre l'indicateur et l'accusé, ils n'auront pas pour effet de transformer l'indicateur en un représentant de l'État aux fins de l'échange en cause. Ce n'est que si les liens entre l'indicateur et l'État sont tels que l'échange entre l'indicateur et l'accusé s'est déroulé de façon essentiellement différente, que l'indicateur devra être considéré comme un représentant de l'État aux fins de l'échange. Par conséquent, je suis d'avis d'adopter le simple critère suivant: L'échange entre l'accusé et l'indicateur aurait-il eu lieu, de la même façon et sous la même forme, n'eût été l'intervention de l'État ou de ses représentants?

Si l'on applique ce critère à une conversation entre un policier et un suspect détenu, il est certain que la conversation n'aurait pas eu lieu sans l'intervention de l'agent. S'il est appliqué à une conversation avec un codétenu qui n'avait pas eu de contact avec les autorités avant la fin de la conversation, il est également certain que les gestes des autorités n'ont eu aucun effet sur la conversation et que le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 n'a pas été violé. Par contre, si le codétenu a parlé aux autorités avant d'entreprendre la conversation, il faudra déterminer si la conversation aurait eu lieu ou si elle se serait

have occurred or would have taken the same course had the cell mate had no contact with the authorities.

I would add that there may be circumstances in which the authorities encourage informers to elicit statements without there being a preexisting relationship between the authorities and individual informers. For example, the authorities may provide an incentive for the elicitation of incriminating statements by making it known that they will pay for such information or that they will charge the informer with a less serious offence. The question in such cases will be the same: would the exchange between the informer and the accused have taken place but for the inducements of the authorities?

(b) *Elicitation*

Even if the evidence in question was acquired by an agent of the state, it will only have been acquired in violation of s. 7 if the manner in which it was acquired infringed the suspect's right to choose to remain silent. In general, there will be no violation of the suspect's right to silence if the suspect volunteers the information, knowing he or she is talking to an agent of the state. In the words of McLachlin J. in *Hebert, supra*, at p. 184:

If the police are not posing as undercover officers and the accused chooses to volunteer information, there will be no violation of the *Charter*. Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence.

In *Hebert, supra*, my colleague McLachlin J., left open the possibility that there will be cases amounting to more than permissible police persuasion but less than deprivation of an operating mind which will infringe the suspect's right to choose to remain silent. I would agree that there may well be such cases, but it is unnecessary to decide that question in this case.

If, on the other hand, the suspect is ignorant of the fact that he is talking to an agent of the state, whether a suborned informer or an undercover police officer, somewhat different considerations will apply. It is clear from the majority reasons in *Hebert, supra*, that

déroulée de la même façon si le codétenu n'avait pas eu de contacts avec les autorités.

J'aimerais ajouter qu'il est possible que, dans certaines circonstances, les autorités encouragent les indicateurs à soutirer des déclarations sans qu'il existe au préalable de rapports entre les autorités et les indicateurs. Par exemple, les autorités pourraient encourager l'obtention irrégulière de déclarations incriminantes en faisant savoir qu'elles paieront celui qui obtiendra ce genre de renseignements ou qu'elles diminueront les accusations portées contre l'indicateur. Il faut alors répondre à la même question: L'échange entre l'indicateur et l'accusé aurait-il eu lieu, n'eussent été les encouragements des autorités?

(b) *L'obtention de renseignements de façon irrégulière*

Même si les éléments de preuve en cause ont été obtenus par un représentant de l'État, ils n'auront été acquis en violation de l'art. 7 que si la façon de les obtenir contrevient au droit qu'a le suspect de choisir de se taire. De façon générale, le droit du suspect de garder le silence n'aura pas été violé s'il choisit volontairement de donner les renseignements, tout en sachant qu'il s'adresse à un représentant de l'État. Selon les termes du juge McLachlin dans *Hebert*, précité, à la p. 184:

Si les policiers n'interviennent pas comme agents banalisés et que l'accusé choisit volontairement de donner des renseignements, il n'y aura aucune violation de la *Charte*. La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence.

Dans *Hebert*, précité, le juge McLachlin n'a pas écarté la possibilité que, dans certains cas, une persuasion policière tout à fait acceptable et ne privant pas le suspect de son état d'esprit conscient viole le droit du suspect de se taire. Je suis d'avis qu'il existe probablement des cas semblables, mais il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce.

Par contre, si le suspect ignore qu'il s'adresse à un représentant de l'État, que ce soit un indicateur suborné ou un policier banalisé, il y aura lieu d'appliquer des considérations légèrement différentes. D'après les motifs de la majorité dans l'arrêt *Hebert*,

statements volunteered by the suspect to the agent of the state will not infringe the suspect's right to silence. There will be a violation of the s. 7 right to silence only if the statement is elicited by the agent of the state. As McLachlin J. expressed it in *Hebert*, *supra*, at p. 184, the state agent must "actively elicit" the information or statement. The focus will be on what constitutes "elicitation" in the context of the right to silence.

In developing a definition of elicitation, I have found it unnecessary to refer at length to the U.S. jurisprudence dealing with the Fifth and Sixth Amendments of the U.S. Constitution. In broad terms, the concern with Sixth Amendment right to counsel is, to quote the judgment of Brennan J. in *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985), at p. 176, to protect the right of an accused "to rely on counsel as a 'medium' between him and the State," and not specifically to protect the right of an accused to choose whether or not to make a statement. Although the Fifth Amendment privilege against self-incrimination is similar in form to the right to silence in s. 7 of the *Charter*, the Supreme Court of the United States has recently held, in *Illinois v. Perkins*, 110 S.Ct. 2394 (1990), that Fifth Amendment rights do not prohibit surreptitious jail house conversations of the kind which this Court found to violate s. 7 in *Hebert*. This is not to say that the U.S. jurisprudence will not be useful in resolving particular problems that may arise in developing the contours of the right to silence as McLachlin J. did in *Hebert*. In general, however, Canadian courts should not be hesitant to develop a uniquely Canadian approach to the right to silence, in keeping with the overall goals of the *Charter*.

précité, il ressort clairement que les déclarations données volontairement par un suspect à un représentant de l'État ne violent pas le droit du suspect de garder le silence. Le seul fait qu'un représentant de l'État ait pris part à la conversation ne suffit pas pour qu'il y ait violation du droit de garder le silence garanti par l'art. 7; il n'y aura violation de ce droit que si le représentant de l'État obtient la déclaration de façon irrégulière. Comme l'affirmait le juge McLachlin dans *Hebert*, précité, à la p. 185, le représentant de l'État doit «obtenir de façon active» les renseignements ou la déclaration. Il faudra se concentrer sur ce qui constitue une «façon irrégulière» d'obtenir des renseignements dans le contexte du droit de garder le silence.

Pour définir ce qu'est l'obtention de renseignements de façon irrégulière, je n'ai pas cru bon de me référer longuement à la jurisprudence américaine relative aux Cinquième et Sixième amendements de la Constitution. En termes généraux, le droit à l'assistance d'un avocat garanti par le Sixième amendement a pour objet, selon le juge Brennan dans *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985), à la p. 176, de protéger le droit d'un accusé [TRADUCTION] «de compter sur un avocat pour jouer le rôle d'intermédiaire entre l'État et lui», et non pas précisément de protéger le droit qu'a l'accusé de choisir de faire ou non une déclaration. Bien que le privilège de ne pas s'incriminer en vertu du Cinquième amendement ressemble quant à la forme au droit de garder le silence prévu à l'art. 7 de la *Charte*, la Cour suprême des États-Unis a conclu récemment, dans *Illinois v. Perkins*, 110 S.Ct. 2394 (1990), que les droits garantis par le Cinquième amendement n'empêchent pas l'utilisation de conversations tenues clandestinement dans une prison, du genre de celles que notre Cour a jugé contraires à l'art. 7 dans l'arrêt *Hebert*. Cela ne signifie pas que la jurisprudence américaine ne soit pas utile pour résoudre des problèmes particuliers lors de l'élaboration de la portée du droit de garder le silence, comme l'a fait le juge McLachlin dans *Hebert*. Cependant, de façon générale, les tribunaux canadiens ne devraient pas hésiter à adopter une version purement canadienne du droit de garder le silence, qui soit conforme aux objectifs généraux de la *Charte*.

In my view, it is difficult to give a short and precise meaning of elicitation but rather one should look to a series of factors to decide the issue. These factors test the relationship between the state agent and the accused so as to answer this question: considering all the circumstances of the exchange between the accused and the state agent, is there a causal link between the conduct of the state agent and the making of the statement by the accused? For convenience, I arrange these factors into two groups. This list of factors is not exhaustive, nor will the answer to any one question necessarily be dispositive.

The first set of factors concerns the nature of the exchange between the accused and the state agent. Did the state agent actively seek out information such that the exchange could be characterized as akin to an interrogation, or did he or she conduct his or her part of the conversation as someone in the role the accused believed the informer to be playing would ordinarily have done? The focus should not be on the form of the conversation, but rather on whether the relevant parts of the conversation were the functional equivalent of an interrogation.

The second set of factors concerns the nature of the relationship between the state agent and the accused. Did the state agent exploit any special characteristics of the relationship to extract the statement? Was there a relationship of trust between the state agent and the accused? Was the accused obligated or vulnerable to the state agent? Did the state agent manipulate the accused to bring about a mental state in which the accused was more likely to talk?

In considering whether the statement in question was elicited, evidence of the instructions given to the state agent for the conduct of the conversation may be important. As McLachlin J. noted in *Hebert*, *supra*, evidence that the agent was instructed not to initiate the conversation nor to ask leading questions will tend to refute the allegation that the resulting statement was obtained in violation of s. 7. I would add, however, that in my opinion evidence that the state agent was instructed not to elicit information

À mon avis, il est difficile de donner une définition brève et précise de l'obtention de renseignements de façon irrégulière; il faudrait plutôt tenir compte d'une série de facteurs pour trancher la question en litige.

^a Ces facteurs permettent d'établir les rapports existant entre les représentants de l'État et l'accusé, de façon à répondre à la question suivante: Compte tenu de toutes les circonstances entourant l'échange entre l'accusé et le représentant de l'État, existe-t-il un lien de causalité entre la conduite du représentant de l'État et la décision de l'accusé de faire une déclaration? Par souci de commodité, j'ai divisé ces facteurs en deux groupes. La liste des facteurs n'est pas exhaustive et la réponse à l'une ou l'autre des questions ne sera pas nécessairement concluante.

Le premier ensemble de facteurs porte sur la nature de l'échange entre l'accusé et le représentant de l'État. Le représentant de l'État a-t-il cherché de façon active à obtenir des renseignements de sorte que l'échange puisse être considéré comme un interrogatoire, ou a-t-il mené sa part de la conversation comme l'aurait fait l'interlocuteur que l'accusé croyait avoir devant lui? Il ne faudrait pas s'attarder à la forme de la conversation mais bien à la question de savoir si les parties pertinentes de la conversation équivalaient de fait à un interrogatoire.

^f Le deuxième ensemble de facteurs concerne la nature des rapports existant entre le représentant de l'État et l'accusé. Le représentant de l'État a-t-il exploité quelque aspect de ces rapports pour arracher la déclaration? La confiance régnait-elle entre le représentant de l'État et l'accusé? L'accusé se sentait-il vulnérable face au représentant de l'État ou obligé envers lui? Le représentant de l'État a-t-il manipulé l'accusé pour le rendre mentalement plus susceptible de parler?

Pour établir si la déclaration en cause a été soutenue, il peut être important de mettre en preuve les directives qu'a reçues le représentant de l'État sur la façon de mener la conversation. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans *Hebert*, précité, la preuve qu'on avait demandé au représentant de ne pas engager la conversation et de ne pas poser de questions subjectives devrait permettre de réfuter l'allégation selon laquelle la déclaration a été obtenue en violation de l'art. 7. Toutefois, j'aimerais ajouter

will not end the inquiry. The authorities may not take the benefit of the actions of their agent which exceed his or her instructions. To hold otherwise would be to ignore the fact that the primary emphasis of the right to silence in s. 7 is on the use of the coercive power of the state against the suspect. The authorities ought not to be able to shield themselves behind the subtleties of their relationship with the informer. It is the authorities who are in a position to control the actions of their informer; if they fail to do so, they ought not to benefit from that failure at the expense of the accused. See *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980), at pp. 271-72.

(c) *Application to the Facts of This Case*

There is no question that Ritter was an agent of the state during his conversation with the appellant. It is clear on the evidence that the meeting was set up and facilitated by the police. Ritter was able to have an "open visit" with the appellant, which made possible a free-ranging conversation, only because of the intervention of the police. In fact, Ritter went so far as to admit that he was not frightened during his visit with the appellant "because it had been set up by the police". Moreover, in their discussions with Ritter, the authorities effectively instructed him to elicit information about the death of Briggs, as the following excerpt from Ritter's cross-examination illustrates:

Q. So Detective Anderson phoned you, and he said what?

A. Well, he said — I asked him how the investigation was going. He said they were having a bit of problems [*sic*]. James wasn't saying anything. He asked me if I would be interested in wearing a body pack and talking to James. If he would set up the meeting, would I talk to James.

Q. It became clear to you that Detective Anderson required your assistance because James was not talking to the police about this?

qu'à mon avis, la preuve portant que le représentant de l'État a reçu l'ordre de ne pas soutirer de renseignements ne mettra pas fin à l'examen. Les autorités ne peuvent profiter des gestes accomplis par leurs représentants si ces derniers ont outrepassé les instructions reçues. Autrement, cela équivaudrait à ignorer le fait que l'élément principal du droit de garder le silence en vertu de l'art. 7 est lié à l'exercice du pouvoir coercitif de l'État à l'encontre du suspect. Les autorités ne devraient pas pouvoir se cacher derrière les subtilités de leurs rapports avec l'indicateur. Ce sont elles qui sont en mesure de contrôler les gestes de leur indicateur; si elles omettent de le faire, elles ne devraient pas en profiter aux dépens de l'accusé. Voir *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980), aux pp. 271 et 272.

(c) *Application en l'espèce*

Il est indéniable que Ritter était un représentant de l'État pendant sa conversation avec l'appelant. La preuve démontre clairement que les policiers ont organisé et facilité la rencontre. Ritter a bénéficié d'une «visite contact» avec l'appelant, ce qui leur a permis d'avoir une conversation portant sur plusieurs sujets, uniquement grâce à l'intervention des policiers. De fait, Ritter a même admis qu'il n'avait pas peur pendant sa visite avec l'appelant [TRADUCTION] «parce qu'elle avait été organisée par la police». En outre, lorsque les autorités se sont entretenues avec Ritter, elles lui ont effectivement demandé de soutirer des renseignements relatifs au décès de Briggs, comme l'illustre l'extrait suivant du contre-interrogatoire de Ritter:
[TRADUCTION]

Q. Le détective Anderson vous a donc téléphoné, et qu'est-ce qu'il a dit?

R. Eh bien, il a dit — je lui ai demandé comment allait l'enquête. Il a dit qu'ils avaient un peu de problèmes. James ne disait rien. Il m'a demandé si ça m'intéresserait de porter un micro-émetteur et de parler à James. S'il organisait la rencontre, est-ce que je parlerais à James.

Q. Vous avez alors compris que le détective Anderson avait besoin de votre aide parce que James ne parlait pas de ça à la police?

A. Yeah, I suppose.

R. Ouais, je suppose.

. . .

. . .

Q. . . . Why did you agree to do it?

a

Q. . . . Pourquoi avez-vous accepté de le faire?

A. Because I thought it was the right thing to do.

R. Parce que je pensais que c'était ce qu'il fallait faire.

Q. Why did you think it was the right thing to do?

b

Q. Pourquoi pensiez-vous que c'était ce qu'il fallait faire?

A. Well, the police were having trouble, and I thought if I could help out, why shouldn't I.

R. Eh bien, la police avait de la difficulté, et je pensais que si je pouvais aider, pourquoi pas.

. . .

. . .

Q. What were you going to talk to James about?

c

Q. De quoi alliez-vous parler avec James?

A. They wanted to know if I could find out whether he killed her or not.

R. Ils voulaient savoir si je pouvais découvrir s'il l'avait tuée ou non.

Q. And this was all on the phone with Detective Anderson the first time?

d

Q. Et tout ça s'est passé au téléphone avec le détective Anderson la première fois?

A. Yes.

R. Oui.

If the authorities had not intervened, the conversation between Ritter and the appellant would either not have occurred at all, or else would have taken a materially different course. I would therefore conclude that for the purposes of the right to silence in s. 7 of the *Charter*, Ritter was an agent of the state. This issue was also effectively conceded by the respondent.

e

Si les autorités n'étaient pas intervenues, la conversation entre Ritter et l'appelant n'aurait pas eu lieu du tout ou encore, elle aurait pris une direction essentiellement différente. Par conséquent, je suis d'avis qu'aux fins du droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*, Ritter était un représentant de l'État. De fait, cette question a été concédée par l'intimée.

But did Ritter elicit the statements in question from the appellant? Turning to the first set of factors relating to the nature of the conversation, did Ritter allow the conversation to flow naturally, or did he direct the conversation to those areas where he knew the police needed information? Looking to the transcript of the conversation between Ritter and the appellant, I find there is no question that parts of the conversation were functionally the equivalent of an interrogation, as the following excerpt illustrates:

g

Mais Ritter a-t-il soutiré les déclarations en cause de l'appelant? Pour ce qui est du premier ensemble de facteurs relatifs à la nature de la conversation, Ritter a-t-il laissé aller naturellement la conversation ou l'a-t-il dirigée vers les sujets qui intéressaient les policiers? Selon la transcription de la conversation entre Ritter et l'appelant, il me semble indéniable que certaines parties de la conversation équivalent pratiquement à un interrogatoire, comme l'illustre l'extrait suivant:

[TRADUCTION]

JAMES Like I, I already said stuff and whatnot. There's really no more that I can say.

i

JAMES C'est que j'ai, j'ai déjà dit des choses. Je ne peux vraiment pas en dire plus.

TODD You could admit to them that you killed her.

TODD Tu pourrais leur avouer que tu l'as tuée.

JAMES But I didn't.

j

JAMES Mais je ne l'ai pas fait.

TODD Are you sure?

TODD Es-tu certain?

JAMES Yeah.

TODD You weren't out on drugs or nothing.

JAMES No.

TODD That you don't remember. That you would have lost control.

JAMES No.

In cross-examination, Ritter admitted that his intention had been to elicit information about the killing from the appellant:

Q. You didn't think that he [i.e., the appellant] killed her, but you went in there to elicit a statement to the effect that he had killed her?

A. Yes.

With respect to the second group of factors concerning the nature of the relationship between Ritter and the appellant, Ritter did exploit the special characteristics of his relationship with the appellant to extract the statement. Ritter sought to exploit the appellant's trust in him as a friend to undermine the appellant's confidence in his lawyer's advice to remain silent and to create a mental state in which the appellant was more likely to talk:

JAMES Well like I talked to my lawyer and what not and he told me not to say anything to anybody else.

TODD Why? What good is it gonna do you man?

JAMES Hey I don't know what he has planned to do and whatnot.

TODD Well you better talk to him. Cause sounds like he's trying to screw you around. That's what he's doing. Well what good is it gonna do you to spend twenty five years [sic] in jail for something you didn't do cause your lawyer tells you not to say anything.

JAMES No like he, he has all the information and whatnot. But he doesn't want me to talking [sic] to the crown about it yet. Not until we get up there in, like the court room and whatnot. And on the record.

JAMES Ouais.

TODD Tu n'avais pas pris de drogue ou quelque chose?

JAMES Non.

TODD Que tu ne t'en souviens pas. Que tu aurais perdu le contrôle.

JAMES Non.

En contre-interrogatoire, Ritter a admis qu'il avait l'intention de soutirer des renseignements de l'appellant au sujet du meurtre:

[TRADUCTION]

Q. Vous ne pensiez pas qu'il [i.e. l'appellant] l'avait tuée, mais vous y êtes allé pour soutirer une déclaration selon laquelle il l'avait tuée?

R. Oui.

En ce qui a trait au deuxième groupe de facteurs relatifs à la nature des rapports entre Ritter et l'appellant, Ritter a bel et bien exploité les aspects particuliers des liens qui l'unissaient à l'appellant pour obtenir la déclaration. Il a voulu exploiter l'amitié que lui vouait l'appellant pour miner sa confiance à l'égard de son avocat qui lui conseillait de se taire, et le rendre ainsi mentalement plus susceptible de parler:

[TRADUCTION]

JAMES C'est que j'ai parlé à mon avocat et tout et il m'a dit de ne rien dire à personne.

TODD Pourquoi? Qu'est-ce que ça va te donner, bonhomme?

JAMES Eh, je ne sais pas ce qu'il a l'intention de faire et tout.

TODD Bien, tu ferais mieux de lui parler. Parce qu'il semble qu'il essaie de te rouler. C'est ça qu'il fait. Qu'est-ce que ça va te donner de passer vingt-cinq ans en prison pour quelque chose que tu n'as pas fait parce que ton avocat t'a dit de ne rien dire.

JAMES Bien non, il a tous les renseignements et tout. Mais il ne veut pas que j'en parle à la Couronne tout de suite. Pas avant qu'on soit là, dans la salle d'audience et tout. Et de façon officielle.

TODD Well I don't see why he's [i.e., the appellant's lawyer] not doing anything then. But he's the one getting paid the bucks.

JAMES Yeah. Plenty I think too.

TODD That's why he's not doing nothing.

JAMES Like when my social worker ever comes down here and what not I'm gonna tell her that bla, bla, bla, to get Pringle .. Instead of Hannington [sic].

TODD That's who you got now, Hannington [sic]. . . I think Pringle's a much better lawyer.

TODD Bien, je ne vois pas pourquoi il [i.e. l'avocat de l'appelant] ne fait rien alors. Mais c'est lui qui touche l'argent.

JAMES Ouais. Je pense qu'il en reçoit beaucoup.

TODD C'est pour ça qu'il ne fait rien.

JAMES Quand ma travailleuse sociale viendra ici et tout je vais lui dire que bla, bla, bla, d'aller chercher Pringle [. . .] Au lieu de Hannington (sic).

TODD C'est lui que tu as maintenant, Hannington (sic) [. . .] je pense que Pringle est un bien meilleur avocat.

Ritter's ploy was not only an obvious attempt to elicit a confession from the appellant, but it also undermined the appellant's right to counsel. In *Hebert, supra*, McLachlin J. recognized the close connection between the right to counsel and the right to silence, at p. 176:

The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. The detained suspect, potentially at a disadvantage in relation to the informed and sophisticated powers at the disposal of the state, is entitled to rectify the disadvantage by speaking to legal counsel at the outset, so that he is aware of his right not to speak to the police and obtains appropriate advice with respect to the choice he faces. Read together, ss. 7 and 10(b) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.

The right to counsel would indeed be meaningless if the authorities were entitled to undermine the confidence of the accused in his counsel in order to extract a confession. I note that the relationship between the right to silence and against self-incrimination and the right to counsel was also recognized in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

That the police did not instruct Ritter to elicit a statement from Broyles is irrelevant. They should not have the benefit of an informer who will elicit a statement without being instructed to do so.

Il était évident que Ritter essayait non seulement de soutirer une confession de l'appelant, mais aussi de miner le droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat. Dans *Hebert*, précité, le juge McLachlin a reconnu que le droit à l'assistance d'un avocat est lié de près au droit de garder le silence (à la p. 176):

La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. Le suspect détenu, exposé à se trouver en situation défavorable par rapport aux pouvoirs éclairés et sophistiqués dont dispose l'État, a le droit de rectifier cette situation défavorable en consultant un avocat dès le début afin d'être avisé de son droit de ne pas parler aux policiers et d'obtenir les conseils appropriés quant au choix qu'il doit faire. Pris ensemble, l'art. 7 et l'al. 10b) confirment le droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 et nous éclairent sur sa nature.

De fait, le droit à l'assistance d'un avocat perdrait tout son sens si les autorités avaient le droit de miner la confiance de l'accusé envers son avocat afin de lui arracher une confession. Je remarque que les liens entre le droit de garder le silence, le droit de ne pas s'incriminer et le droit à l'assistance d'un avocat sont également reconnus dans *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

Le fait que les policiers n'ont pas ordonné à Ritter de soutirer une déclaration de Broyles n'est pas pertinent. Ils ne devraient pas profiter de ce qu'un indicateur a soutiré une déclaration sans avoir reçu de directive à cet effet.

Considering all these factors, I think it is clear that Ritter did elicit the statements from the appellant. Accordingly, I would conclude that the statements of the appellant made during his conversation with Ritter were obtained in violation of his right under s. 7^a of the *Charter* to choose to remain silent.

B. *Justification Under s. 1*

As in *Hebert, supra*, the actions of the police were not expressly or impliedly provided for by statute or the result of a common law rule. Since they were not "prescribed by law", the actions of the police cannot be justified under s. 1.

C. *Section 24(2) of the Charter*

Since the judgment of Lamer J. (as he then was) in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the question of whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute has been analyzed in terms of three groups of factors. These three groups of factors were conveniently summarized in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at p. 1006:

The first group concerns the fairness of the trial. The nature of the evidence, whether it is real evidence or self-incriminating evidence produced by the accused, will be relevant to this determination. The second group relates to the seriousness of the *Charter* violation. Consideration will focus on the relative seriousness of the violation, whether the violation was committed in good faith or was of a merely technical nature or whether it was willful, deliberate and flagrant, whether the violation was motivated by circumstances of urgency or necessity, and whether other investigatory techniques that would not have infringed the *Charter* were available. The final set of factors relates to the disrepute that would arise from exclusion of the evidence.

This Court has often had occasion to consider s. 24(2) of the *Charter*. More recent cases include *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of*

Compte tenu de tous ces facteurs, je pense qu'il est clair que Ritter a bel et bien obtenu de façon irrégulière des déclarations de l'appellant. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les déclarations faites par l'appellant au cours de sa conversation avec Ritter ont été obtenues en violation du droit de se taire que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

B. *La justification en vertu de l'article premier*

Tout comme dans *Hebert*, précité, les gestes des policiers n'étaient ni expressément ni tacitement prévus par une loi ou par une règle de common law. Puisqu'ils n'étaient pas prescrits «par une règle de droit», ils ne sauraient être justifiés en vertu de l'article premier.

C. *Le paragraphe 24(2) de la Charte*

Depuis la décision rendue par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la question de savoir si l'utilisation de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice a été analysée suivant trois groupes de facteurs. Ces trois groupes de facteurs ont été résumés de façon pratique dans *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, à la p. 1006:

Le premier groupe porte sur le caractère équitable du procès. La nature des éléments de preuve, peu importe qu'il s'agisse d'éléments de preuve matérielle ou d'éléments de preuve ayant un effet auto-incriminant présentés par l'accusé, sera pertinente aux fins de cette détermination. Le second groupe concerne la gravité de la violation de la *Charte*. L'examen sera axé sur la gravité relative de la violation, sur les questions de savoir si elle a été commise de bonne foi ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, ou encore si elle était volontaire, intentionnelle ou flagrante, si la violation a été motivée par une situation d'urgence ou de nécessité, et si on aurait pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête qui n'auraient pas porté atteinte à la *Charte*. Le dernier ensemble de facteurs se rapporte à la déconsidération qui résulterait de l'exclusion des éléments de preuve.

La Cour a eu souvent l'occasion de s'intéresser au par. 24(2) de la *Charte*. Récemment, elle l'a fait notamment dans *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada*

Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Hebert*, *supra*; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24.

I will consider the three sets of factors in turn.

(1) Fairness of the Trial

In general, the admission of self-incriminating obtained as a result of a breach of the *Charter*, unlike the admission of real evidence which would have existed regardless of the breach, will make the trial unfair: *R. v. Collins*, *supra*, per Lamer J. (as he then was). In *Hebert*, *supra*, McLachlin J. held that self-incriminating statements obtained in violation of the suspect's right to remain silent should be excluded because their admission would render the trial unfair. McLachlin J.'s reasoning turned on both the unfair trick practised by the police, and on the absence of other evidence against the accused (at pp. 188-89):

I am of the view that the evidence sought to be adduced in this case would render the trial unfair. I should not be taken as suggesting that violation of an accused's right to silence under s. 7 automatically means that the evidence must be excluded under s. 24(2). I would not wish to rule out the possibility that there may be circumstances in which a statement might be received where the suspect has not been accorded a full choice in the sense of having decided, after full observance of all rights, to make a statement voluntarily. But where, as here, an accused is conscripted to give evidence against himself after clearly electing not to do so by use of an unfair trick practised by the authorities, and where the resultant statement is the only evidence against him, one must surely conclude that reception of the evidence would render the trial unfair. The accused would be deprived of his presumption of innocence and would be placed in the position of having to take the stand if he wished to counter the damaging effect of the confession. The accused's conviction if obtained would rest almost

(*Directeur des enquêtes et des recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce*), [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Hebert*, précité; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24.

J'étudierai maintenant les trois ensembles de facteurs à tour de rôle.

(1) Le caractère équitable du procès

En règle générale, l'utilisation d'éléments de preuve auto-incriminante, obtenus en contravention de la *Charte*, donnera un caractère inéquitable au procès, ce qui n'est pas le cas des éléments de preuve matérielle qui auraient existé même en l'absence de contravention: *R. c. Collins*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef). Dans *Hebert*, précité, le juge McLachlin a conclu que les déclarations auto-incriminantes, obtenues en violation du droit du suspect de se taire, devraient être écartées parce que leur utilisation rendrait le procès inéquitable. Le raisonnement du juge McLachlin reposait tant sur les artifices inéquitables utilisés par les policiers que sur l'absence d'autres éléments de preuve contre l'accusé (aux pp. 188 et 189):

Je suis d'avis que la preuve que l'on cherche à produire en l'espèce rendrait le procès inéquitable. Je n'affirme cependant pas que la violation du droit qu'a un accusé de garder le silence en vertu de l'art. 7 signifie automatiquement que la preuve doit être écartée en vertu du par. 24(2). Je ne veux pas écarter la possibilité qu'il y ait des circonstances dans lesquelles une déclaration peut être reçue lorsque le suspect n'a pas eu pleinement le choix au sens d'avoir décidé, suite à un respect absolu de tous ses droits, de faire une déclaration volontairement. Mais lorsque, comme en l'espèce, l'accusé est appelé à faire une déclaration qui l'incrimine, après avoir clairement choisi de ne pas le faire, au moyen d'un artifice inéquitable utilisé par les autorités, et lorsque la déclaration qui en résulte est la seule preuve qui pèse contre lui, il faut certainement conclure que la réception de cette preuve rendrait le procès inéquitable. L'accusé serait privé de sa présomption d'innocence et se trouverait tenu de témoigner s'il voulait contrecarrer l'effet préjudiciable de la confession. Toute déclaration de cul-

entirely on his own evidence against himself, obtained by a trick in violation of the *Charter*.

In the present case, the conversation between Ritter and the appellant is not the only piece of evidence against the appellant. The appellant was convicted at trial on the basis of a circumstantial case, and there are a number of other pieces of evidence which were introduced by the Crown to establish consciousness of guilt by the appellant. In my opinion, however, the fact that evidence is obtained by conscripting the accused against himself or herself will generally be sufficient to render the trial unfair. The existence of other admissible evidence also tending to incriminate the accused will not make the trial fair. Self-incriminatory evidence renders a trial unfair because it "strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination" (*Collins, supra, per Lamer J.*, at p. 284), not because of the effect of its admission on the outcome of the trial. However, if the impugned evidence is the only evidence tending to incriminate the accused, the fact that the conviction of the accused depends on self-incriminatory evidence will increase the unfairness of the trial, as McLachlin J. indicated in *Hebert, supra*.

I would therefore conclude that the admission of the evidence would render the trial unfair.

(2) Seriousness of the Violation

In the present case, the violation of the appellant's right to silence was a serious one. Ritter systematically undermined the appellant's confidence in his counsel so as to get him to talk in spite of the instructions of his lawyer to remain silent. The attack on his counsel together with what amounted to an interrogation about the death of his grandmother were successful, and the appellant made one very damaging admission. In my opinion, the seriousness of the violation operates in this case as a factor favouring exclusion of the evidence.

pabilité de l'accusé s'appuierait presque entièrement sur sa propre déclaration incriminante obtenue au moyen d'un artifice contrairement à la *Charte*.

^a En l'espèce, la conversation entre Ritter et l'appellant n'est pas le seul élément de preuve qui pèse contre lui. La déclaration de culpabilité de l'appellant, au procès, était fondée sur une preuve circonstancielle et le ministère public avait produit un certain nombre d'autres éléments de preuve pour démontrer la conscience de culpabilité de l'appellant. Toutefois, j'estime que le fait que les éléments de preuve soient obtenus en conscrivant l'accusé contre lui-même suffira généralement à rendre le procès inéquitable. L'existence d'autres éléments de preuve recevables tendant également à incriminer l'accusé ne rendra pas le procès équitable. Les éléments de preuve auto-incriminants rendent le procès inéquitable parce que ^b «leur utilisation [. . .] constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même» (*Collins, précité, le juge Lamer, à la p. 284*), et non à cause des conséquences qu'aurait leur utilisation sur l'issue du procès. Cependant, si la preuve attaquée est la seule qui tende à incriminer l'accusé, le fait que la culpabilité de l'accusé dépende d'éléments de preuve incriminante venant de lui aura ^c pour effet d'augmenter le caractère inéquitable du procès, comme l'a souligné le juge McLachlin dans *Hebert, précité*.

^d En conséquence, je suis d'avis de conclure que l'utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable.

(2) La gravité de la violation

^e En l'espèce, il s'agit d'une violation grave du droit de l'appellant de garder le silence. Ritter a systématiquement miné la confiance qu'avait l'appellant en son avocat, pour le faire parler contrairement aux directives qu'il avait reçues de ce dernier. L'attaque à l'endroit de son avocat ainsi que ce qui équivaut à un interrogatoire au sujet du décès de sa grand-mère ont réussi; l'appellant a admis un élément très préjudiciable. À mon avis, la gravité de la violation a pour effet, en l'espèce, de pencher en faveur de l'exclusion de l'élément de preuve.

The respondent argued before us that the good faith of the police in sending Ritter in to talk with the appellant was a factor tending to reduce the seriousness of the violation. With respect, I must disagree. As I indicated in *Elshaw, supra*, I agree with the reasons of Sopinka J. in *Hebert, supra*, that, at least where the fairness of the trial has been affected by the admission of tainted evidence, good faith on the part of the police cannot reduce the seriousness of the violation.

(3) Effect of Excluding the Evidence

The appellant was charged with a very serious offence. However, where the fairness of the trial would be affected by the admission of the evidence, the mere fact that the offence is a serious one provides no justification for admitting the evidence. To adopt the words of Lamer J. (as he then was), in *R. v. Brydges, supra*, at p. 211: "... this Court has repeatedly held that ... a serious offence provides no justification for admitting the evidence where there has been a serious *Charter* violation and the admission of the evidence would affect the fundamental fairness of the trial." I would also note that the fact that the impugned evidence is not the only evidence incriminating the accused further reduces the effect on the reputation of the administration of justice of excluding the evidence. Accordingly, I would conclude that exclusion of the evidence would not significantly affect the repute of the administration of justice.

The respondent argued before us that because the accused declined to testify at trial, the exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. This argument is without merit. The right of an accused not to testify is a fundamental value of our criminal justice system, enshrined in s. 11(c) of the *Charter*:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

L'intimée a prétendu devant nous que la bonne foi des policiers, lorsqu'ils ont envoyé Ritter pour parler à l'appelant, tendait à réduire la gravité de la violation. Avec égards, je ne puis souscrire à cette opinion. Comme je l'ai souligné dans *Elshaw, précité*, je souscris aux motifs du juge Sopinka, dans *Hebert, précité*, selon lesquels, du moins lorsque l'utilisation d'éléments de preuve viciés a nui à l'équité du procès, la bonne foi des policiers ne saurait diminuer la gravité de la violation.

(3) L'effet de l'exclusion des éléments de preuve

L'appelant est accusé d'un crime très grave. Toutefois, lorsque l'utilisation des éléments de preuve nuirait à l'équité du procès, le simple fait qu'il s'agisse d'un crime grave ne justifie pas l'utilisation de la preuve. Selon les termes du juge Lamer (maintenant Juge en chef), dans *R. c. Brydges, précité*, à la p. 211: «[. . .] notre Cour a statué à maintes reprises que le simple fait qu'une personne soit accusée d'une infraction grave ne justifie pas l'utilisation de la preuve lorsqu'il y a eu violation grave de la *Charte* et que l'utilisation de la preuve nuirait à l'équité fondamentale du procès.» J'aimerais également souligner que le fait que la preuve attaquée ne soit pas le seul élément de preuve incriminante réduit l'effet qu'aurait l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Par conséquent, je suis d'avis que l'exclusion de la preuve ne nuirait pas beaucoup à la considération dont jouit l'administration de la justice.

L'intimée a allégué devant nous que, puisque l'accusé a refusé de témoigner lors du procès, l'exclusion de la preuve est susceptible de déconsidérer de l'administration de la justice. Cet argument est sans fondement. Le droit qu'a l'accusé de ne pas témoigner lors du procès est une valeur fondamentale de notre système de justice pénale, garanti à l'al. 11c) de la *Charte*:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

The right against self-incrimination was identified by Lamer J. in *Collins, supra*, as one of the “fundamental tenets of a fair trial” (at p. 284). The failure of the accused to testify cannot be a factor against the exclusion of the evidence.

(4) Conclusion on s. 24(2)

In my opinion, the evidence should be excluded. Because the evidence was obtained by conscripting the accused against himself, its admission would render the trial unfair. The violation was a serious one and I am satisfied that the exclusion of the evidence will not bring the administration of justice into disrepute. Having considered the factors enumerated in *Collins, supra*, I am satisfied that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and thus the evidence must be excluded.

D. The Curative Proviso

In my opinion, this is not an appropriate case to exercise the power granted to this Court by s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to dismiss the appeal where no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. The appropriate standard for the application of s. 686(1)(b)(iii) is an onerous one. I adopt the approach of Sopinka J. in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 919: s. 686(1)(b)(iii) cannot be invoked if there is “any possibility that a trial judge would have a reasonable doubt on the admissible evidence”. A similar approach to s. 686(1)(b)(iii) was adopted by Spence J. in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 756, with respect to a predecessor provision of the *Code*.

I am of the opinion that this Court cannot place itself in the position of a jury and weigh these various pieces of evidence. If there is any possibility that twelve reasonable men, properly charged, would have a reasonable doubt as to the guilt of the accused, then this Court should not apply the provisions of s. 592(1)(b)(iii) to affirm a conviction.

Accordingly, the question here is whether there is any possibility that the trier of fact would have had a reasonable doubt as to the guilt of the accused had

Dans *Collins*, précité, le juge Lamer a reconnu le droit de ne pas s’incriminer comme l’un des «principes fondamentaux d’un procès équitable» (à la p. 284). Le refus de témoigner de la part de l’accusé ne saurait jouer à l’encontre de l’exclusion de la preuve.

(4) Conclusion à l’égard du par. 24(2)

À mon avis, l’élément de preuve devrait être écarté. L’utilisation de cet élément de preuve rendrait le procès inéquitable parce qu’on l’a obtenu en conscrivant l’accusé contre lui-même. Il s’agit d’une violation grave et je suis convaincu que l’exclusion de cet élément de preuve n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Après avoir examiné les facteurs énumérés dans *Collins*, précité, je suis convaincu que l’utilisation de l’élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice et qu’il devrait donc être écarté.

D. La disposition réparatrice

À mon avis, il n’y a pas lieu d’exercer le pouvoir qu’a notre Cour, en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, de rejeter l’appel si aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit. La norme retenue pour l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) est exigeante. Je souscris à l’opinion du juge Sopinka dans *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 919: le sous-al. 686(1)(b)(iii) ne saurait être invoqué s’il existe «une possibilité qu’un juge du procès ait un doute raisonnable d’après les éléments de preuve admissibles». Le juge Spence a adopté une attitude semblable pour l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) dans *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 756, à l’égard de l’ancienne disposition correspondante du *Code*.

[TRADUCTION] J’estime que notre Cour ne peut remplacer le jury et soupeser ces différents éléments de preuve. S’il y a la moindre possibilité que douze hommes raisonnables, ayant reçu des directives appropriées, aient un doute raisonnable sur la culpabilité de l’accusé, alors notre Cour ne doit pas appliquer le sous-al. 592(1)(b)(iii) pour confirmer une déclaration de culpabilité.

Par conséquent, il s’agit ici d’établir s’il y a la moindre possibilité que, en l’absence de l’élément de preuve attaqué, le juge des faits ait eu un doute rai-

the impugned evidence been removed from their consideration. In argument, the respondent maintained that there was overwhelming evidence of guilt in addition to the impugned evidence, and that the fact that the appellant knew that his grandmother was dead at the bottom of the stairs was inferrable from other facts properly before the jury. With respect, I am unable to agree. The evidence in question was an important element in the Crown's case at trial, and was emphasized in the Crown prosecutor's charge to the jury. The trial judge went so far as to state in her charge to the jury that the appellant's admission that he knew the victim was dead before the body was discovered was a "rather important statement". The fact that the jury asked to listen to the tape of the conversation between Ritter and the appellant again can only mean that they too considered the evidence to be important.

Given the importance of the evidence that resulted from Ritter's conversation with the appellant, I must conclude that it is possible that a trier of fact would have a reasonable doubt as to the appellant's guilt if the evidence in question were removed from her or his consideration. Accordingly, I would not apply s. 686(1)(b)(iii) to dismiss the appeal.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Brimacombe, Sanderman & Stroppel, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Edmonton.

sonnable sur la culpabilité de l'accusé. Dans son argumentation, l'intimé a prétendu qu'il y avait une preuve accablante de la culpabilité de l'accusé, en plus de l'élément attaqué, et que le jury aurait pu conclure qu'il savait que sa grand-mère était morte, au pied de l'escalier, à partir d'autres faits qui lui avaient été présentés. Avec égards, je ne saurais souscrire à cette opinion. La preuve en cause constitue un élément important de la preuve du ministère public au cours du procès, et le substitut du procureur général l'a souligné dans son exposé au jury. Dans ses directives au jury, le juge du procès a même affirmé que l'aveu de l'appelant, c'est-à-dire le fait qu'il savait que la victime était morte avant la découverte du corps, constituait une [TRADUCTION] «déclaration plutôt importante». Le fait que le jury ait demandé à entendre de nouveau l'enregistrement de la conversation entre Ritter et l'appelant ne peut que signifier que lui aussi, considérait que cet élément de preuve était important.

Compte tenu de l'importance de la preuve tirée de la conversation entre Ritter et l'appelant, je dois conclure qu'il est possible qu'un juge des faits ait un doute raisonnable sur la culpabilité de l'appelant si l'élément de preuve en question ne lui est pas soumis. Par conséquent, je n'appliquerais pas le sous-al. 686(1)(b)(iii) pour rejeter le pourvoi.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Brimacombe, Sanderman & Stroppel, Edmonton.

Procureur de l'intimé: Le ministère du Procureur général, Edmonton

The Coronation Insurance Company Limited and the Eagle Star Insurance Company Limited *Appellants*

v.

Carol Florence, Andrew R. Florence and Russell A. Florence, infants by their guardian *ad litem*, **Carol Florence** *Respondents*

and

Deborah Passarell, Natasha Passarell, Jackelynn Passarell and Rocky Passarell, infants by their guardian *ad litem*, **Deborah Passarell** *Respondents*

and

Taku Air Transport Ltd., Robert Carl Berchtenbreiter, infant by his guardian *ad litem*, **Ian D. Izzard; Gerald Abel, the Administrator of the Estate of Ben Abel, Deceased; Ray Frederick Smith and Nora Anias, the Administrators of the Estate of Shelley Smith, Deceased** *Defendants*

INDEXED AS: CORONATION INSURANCE CO. v. TAKU AIR TRANSPORT LTD.

File No.: 22157.

1991: June 21; 1991: November 28.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance — Aviation insurance — Exclusions — Carrier's policy containing exclusions pertaining to misrepresentation and number of seats declared — Federal regulation authorizing such exclusions struck down after crash — Whether insurers liable to families of passengers killed in crash — Whether policy void ab initio on account of misrepresentation or extra passenger carried.

Coronation Insurance Company et Eagle Star Insurance Company Limited *Appelantes*

^a c.

^b **Carol Florence, Andrew R. Florence et Russell A. Florence, mineurs représentés par leur tutrice** *ad litem*, **Carol Florence** *Intimés*

et

^c **Deborah Passarell, Natasha Passarell, Jackelynn Passarell et Rocky Passarell, mineurs représentés par leur tutrice** *ad litem*, **Deborah Passarell** *Intimés*

^d et

^e **Taku Air Transport Ltd., Robert Carl Berchtenbreiter, mineur représenté par son tuteur** *ad litem*, **Ian D. Izzard; Gerald Abel, administrateur de la succession de feu Ben Abel; Ray Frederick Smith et Nora Anias, administrateurs de la succession de feu Shelley Smith** *Défendeurs*

RÉPERTORIÉ: CORONATION INSURANCE CO. c. TAKU AIR TRANSPORT LTD.

^g N° du greffe: 22157.

1991: 21 juin; 1991: 28 novembre.

^h Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

Assurance — Assurance aviation — Exclusions — Police du transporteur contenant des exclusions relatives aux fausses déclarations et au nombre de sièges déclarés — Règlement fédéral autorisant de telles exclusions invalidé à la suite de l'écrasement — Les assureurs sont-ils responsables envers les familles des passagers morts dans l'écrasement? — La police était-elle nulle ab initio en raison des fausses déclarations ou du passager additionnel transporté?

In 1986 appellant insurers issued a policy to Taku, a commercial air carrier. The policy stated that it would be void if the insured had misrepresented any material fact, and that it did not apply if the total number of passengers carried at the time of loss exceeded the number of seats declared. These insurers had provided coverage for Taku in 1978, but following three accidents in the first year had not renewed the policy. When Taku reapplied for a policy in 1986, the insurers did not check their files for its accident record, but instead asked Taku to disclose it. Taku reported only one accident. It also requested and obtained coverage for only four seats on one of its aircraft. That aircraft later crashed, killing all five passengers. The insurers denied coverage under the policy on the ground that Taku had misrepresented its accident record and brought an action against Taku to have the policy declared void *ab initio*. The respondent families of two of the passengers were joined as defendants in the action. At trial respondents requested an adjournment to permit them to bring an action in the Federal Court to quash the exclusion clauses pertaining to misrepresentation and the number of seats. These clauses had been approved by the Air Transport Committee as Regulations. The Federal Court granted the application. When the proceedings resumed, the trial judge found the insurance contract void *ab initio* as a result of Taku's misrepresentation of its accident record. He rejected arguments that the insurers could be taken to be aware of the misrepresentation because of the content of their own files. Costs were awarded to respondents. The Court of Appeal, in a majority decision, reversed the judgment and found the insurers liable on a valid policy.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory and Iacobucci JJ.: The insurers cannot escape liability on the grounds that Taku failed to disclose its accident record. While the *uberrima fides* doctrine as formulated in 1766 can still hold true where the policy is for the exclusive benefit of the insured, it should not be applicable in the highly regulated field of aviation insurance, where insurance for passengers has been made a condition for licensing air carriers. Where the insurance policy required by statute or regulation is primarily for the benefit of members of the flying public and not just the

En 1986, les assureurs appelants ont établi une police d'assurance en faveur de Taku, un transporteur aérien commercial. La police portait qu'elle serait nulle si l'assurée avait fait une fausse déclaration concernant un fait important et qu'elle ne s'appliquerait pas si le nombre total de passagers à bord de l'aéronef au moment du sinistre dépassait le nombre de sièges déclarés. Les assureurs en l'espèce avaient assuré Taku en 1978, mais à la suite de trois accidents survenus au cours de la première année, ils n'avaient pas renouvelé la police. En 1986, quand Taku leur a soumis une nouvelle demande d'assurance, les assureurs n'ont pas vérifié leurs propres dossiers concernant les accidents, mais lui ont plutôt demandé de divulguer cette information. Taku ne leur a signalé qu'un seul accident. De plus, elle n'a demandé et obtenu une couverture que pour quatre places dans le cas d'un de ses aéronefs. Cet aéronef s'est par la suite écrasé causant la mort des cinq passagers à son bord. Invoquant les fausses déclarations de Taku concernant ses accidents, les assureurs ont refusé d'honorer la police. Ils ont en outre intenté contre Taku une action visant à faire déclarer la police nulle *ab initio*. Les intimés membres des familles de deux passagers ont été constitués défendeurs dans l'action. En première instance, les intimés ont demandé un ajournement qui devait leur permettre d'introduire en Cour fédérale une action en annulation des clauses d'exclusion relatives aux fausses déclarations et au nombre de sièges assurés, clauses que le Comité des transports aériens avait approuvées à titre de règlement. La Cour fédérale a fait droit à la demande. À la reprise de l'instance, le premier juge a déclaré le contrat d'assurance nul *ab initio* à cause de la fausse déclaration de Taku concernant ses accidents. Il a rejeté les arguments selon lesquels la connaissance de la fausseté de ces déclarations pouvait être imputée aux assureurs en raison du contenu de leurs propres dossiers. Les dépens ont été adjugés aux intimés. La Cour d'appel, statuant à la majorité, a infirmé cette décision et a conclu à la responsabilité des assureurs fondée sur la validité de la police.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci: Les assureurs ne sauraient se soustraire à leur responsabilité en invoquant l'omission de Taku de divulguer ses accidents. Bien que la théorie de l'*uberrima fides* formulée en 1766 puisse encore être valable lorsque la police profite exclusivement à l'assuré, elle ne devrait pas s'appliquer dans le domaine fortement réglementé de l'assurance aviation, où un transporteur aérien ne peut se faire délivrer un permis que s'il a contracté une assurance pour ses passagers. Lorsque la police d'assurance prescrite par une loi ou un règlement

insured, the insurer must take some basic steps to investigate the flying record of the air carrier applying for insurance. At a minimum, it should review its own files on the applicant, and should make a search of the public record of the air carrier's accidents. This will not place too great a burden on an insurer since accident histories are easily available. In this case the insurers had within their own grasp information which would have provided a more accurate assessment of the risk entailed by the policy. At a minimum, they should have scrutinized their own records before issuing the policy.

The insurers were, however, entitled to rely on Taku's representation as to the number of passenger seats. It is really only the owner who can be aware of the number of passengers to be carried, and only the owner can know that modifications to the seating configuration have been made and what the insurance requirements may be. The load capacity of a particular airplane and the number of passengers to be carried is highly relevant information that is of critical importance to the insurer. The contract term which limits liability to an agreed number of passenger seats is not affected by the Federal Court decision. Since the insured violated this term, the contract is void *ab initio* against Taku. The respondents' statutory right of action is subject to any defence the insurers have against Taku, and the insurers must therefore succeed.

The insurers should pay the respondents' costs before this Court as well as in the courts below. The respondents are the victims of an inadequate regulatory scheme, while the insurers are not innocent parties but rather companies so eager for a premium they failed even to examine their own records.

Per McLachlin and Stevenson JJ.: The rights of the claimant families are grounded in the contract of insurance between Taku and the insurers, which cannot be taken to have been altered by the Federal Court ruling in this case. Since Taku could not succeed against the insurers because of its misrepresentations, the families cannot succeed. The insurers should bear the costs of the

profite principalement aux membres du public passagers à bord d'aéronefs et non pas simplement à l'assuré, il incombe à l'assureur de prendre certaines mesures minimales pour se renseigner sur les antécédents du transporteur aérien qui demande à être assuré. Tout au moins, l'assureur doit consulter ses propres dossiers relatifs au proposant et examiner le dossier public des accidents du transporteur aérien. Cela ne constituera pas une charge excessive pour l'assureur, puisque l'information sur les accidents est facilement accessible. En l'espèce, les assureurs détenaient eux-mêmes des renseignements qui leur auraient permis d'apprécier avec une plus grande exactitude le risque que comportait la police. À tout le moins, ils auraient dû examiner leurs propres dossiers avant d'établir cette police.

Les assureurs étaient toutefois en droit de se fier aux déclarations de Taku quant au nombre de sièges passagers. Seul le transporteur est vraiment en mesure de connaître le nombre de passagers qui seront transportés et il n'y a que le propriétaire qui sait que l'arrangement des places a été modifié et qui connaît ses besoins en assurance. La charge utile d'un avion particulier et le nombre de passagers à transporter sont des renseignements très pertinents d'une importance critique pour l'assureur. La décision de la Cour fédérale n'a aucune incidence sur la condition du contrat qui limite la responsabilité à un nombre convenu de sièges passagers. Comme l'assurée a violé cette condition, le contrat est nul *ab initio* en ce qui concerne Taku. Le droit d'exercer des poursuites dont jouissent les intimés aux termes de la loi est subordonné aux moyens de défense que les assureurs peuvent faire valoir contre Taku, et les assureurs doivent en conséquence obtenir gain de cause.

Les assureurs devraient payer les dépens des intimés en notre Cour et devant les juridictions inférieures. Les intimés sont victimes d'une réglementation inadéquate, tandis que les assureurs, loin d'être des innocentes victimes, sont plutôt des compagnies tellement âpres à toucher une prime qu'elles n'ont même pas examiné leurs propres dossiers.

Les juges McLachlin et Stevenson: Les droits des familles demandant l'indemnisation reposent sur le contrat d'assurance intervenu entre Taku et les assureurs, lequel ne saurait être considéré comme ayant été modifié par la décision rendue par la Cour fédérale en l'espèce. Comme Taku ne pouvait obtenir gain de cause contre les assureurs en raison des déclarations inexactes qu'elle avait faites, les familles doivent être déboutées. Les assureurs devraient supporter les dépens en première instance et en Cour d'appel, mais chaque partie

proceedings at trial and on the appeal below, and each party should bear its own costs of appeal to this Court.

Per Sopinka J.: At the time of contracting and at present, the regulators have seen fit to allow the contracting parties to put the ultimate risk of material concealment and misrepresentation on the flying public and not on the insurer, and there is no reason to interfere with that freedom. A decision as to whether an insurer should be required to conduct an independent investigation of an insured's accident record before providing coverage is a policy decision that is not for this Court to make. The trial judge in this case clearly found that the insurers did not know and cannot be presumed to have known the insured's accident record. Thus the insured cannot take advantage of the doctrine of *uberrima fides*. The failure of an insurer to investigate a risk should not, by itself, deprive it of the right to avoid the contract on the basis of a failure by the insured to disclose material facts.

Cases Cited

By Cory J.

Not followed: *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162; **referred to:** *Florence v. Air Transport Committee* (1988), 34 Admin. L.R. 36; *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 S.C.R. 549; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374.

By McLachlin J.

Referred to: *Florence v. Air Transport Committee* (1988), 34 Admin. L.R. 36.

By Sopinka J.

Referred to: *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 S.C.R. 549; *Ford v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1991] 1 S.C.R. 136.

Statutes and Regulations Cited

Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3, s. 17.
Air Carrier Regulations, C.R.C. 1978, c. 3 [am. SOR/83-443, s. 9], ss. 20.3(1), (3), 20.4, 161.
Air Transportation Regulations, SOR/88-58, s. 7(3)(d).
Canadian Aviation Safety Board Regulations, SOR/84-929 [am. SOR/87-642], ss. 3(1), 5(3).

devrait supporter elle-même les dépens entraînés par le pourvoi devant notre Cour.

Le juge Sopinka: Au moment du contrat et actuellement, l'organisme de réglementation a jugé bon de permettre aux parties contractantes de faire supporter aux passagers à bord d'aéronefs et non à l'assureur le risque ultime que représentent la non-divulgence d'un fait important ou des fausses déclarations et il n'y a aucune raison de toucher à cette liberté. Quant à savoir si un assureur devrait être tenu de mener une enquête indépendante sur le dossier des accidents d'un assuré avant d'accorder une couverture, c'est là une décision qui relève du domaine de l'ordre public et qui n'a pas à être prise par notre Cour. Le juge de première instance en l'espèce a manifestement conclu que les assureurs ne connaissaient pas le dossier des accidents de l'assurée et ne pouvaient être présumés le connaître. En conséquence, l'assurée ne devrait pas tirer parti de la théorie de l'*uberrima fides*. L'omission d'un assureur de mener une enquête sur un risque ne devrait pas, en soi, le priver du droit de se soustraire au contrat sur le fondement d'une omission de l'assuré de divulguer des faits substantiels.

e Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt non suivi: *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162; **arrêts mentionnés:** *Florence c. Comité des transports aériens* (1988), 34 Admin. L.R. 36; *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Florence c. Comité des transports aériens* (1988), 34 Admin. L.R. 36.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549; *Ford c. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1991] 1 R.C.S. 136.

i Lois et règlements cités

Family Compensation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 120.
Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 200, art. 26(1).
Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, ch. N-17, art. 3.
Loi nationale de 1987 sur les transports, S.C. 1987, ch. 34, art. 3.

Family Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 120.
Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 200, s. 26(1).
National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 3.
National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34,
 s. 3.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 48 B.C.L.R. (2d) 222, 72 D.L.R. (4th) 184, [1990] I.L.R. ¶ 1-2643, reversing a judgment of the British Columbia Supreme Court (1989), 37 C.C.L.I. 271, [1989] I.L.R. ¶ 1-2458, holding appellant insurers not liable. Appeal allowed.

Stephen D. Gill and Eric M. Lane, for the appellants.

J. J. Camp, Q.C., Gary V. Lank, David Church and Shawn Neylan, for the respondents.

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

CORY J.—This appeal illustrates the difficulties that arise when principles of insurance law set forth by the courts in 1766 are strictly applied to policies of insurance mandated by statute or regulation and which are purportedly for the benefit of third parties (here passengers carried by commercial airlines) and not for the sole benefit of the insured party.

Factual Background

Taku and the Insurers

Taku was a small commercial air carrier which operated in northern British Columbia. When it began to operate in 1978, the appellants (Coronation) provided the insurance. During the first year of the policy, Taku had three accidents. As a result, Coronation refused to renew the policy. In a telex dated September 24, 1979, Peter May, an employee of the insurer's agent, wrote:

Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, ch. A-3, art. 17.
Règlement sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne, DORS/84-929 [mod. DORS/87-642], art. 3(1), 5(3).

^a *Règlement sur les transporteurs aériens*, C.R.C. 1978, ch. 3 [mod. DORS/83-443, art. 9], art. 20.3(1), (3), 20.4, 161.

Règlement sur les transports aériens, DORS/88-58, art. 7(3)d.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 48 B.C.L.R. (2d) 222, 72 D.L.R. (4th) 184, [1990] I.L.R. ¶ 1-2643, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1989), 37 C.C.L.I. 271, [1989] I.L.R. ¶ 1-2458, écartant la responsabilité des assureurs appelants. Pourvoi accueilli.

^d *Stephen D. Gill et Eric M. Lane*, pour les appelants.

J. J. Camp, c.r., Gary V. Lank, David Church et Shawn Neylan, pour les intimés.

^e Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et Iacobucci rendu par

^f LE JUGE CORY—Le présent pourvoi fait ressortir les difficultés qui surgissent lorsque des principes du droit des assurances énoncés par les tribunaux en 1766 reçoivent une application stricte dans le cas de polices d'assurance qui sont prescrites par une loi ou un règlement et qui sont destinées en principe à profiter à des tiers (en l'occurrence des passagers transportés par des lignes aériennes commerciales) et non pas exclusivement à l'assuré.

Les faits

^h *Taku et les assureurs*

ⁱ Taku était un petit transporteur aérien qui exerçait ses activités dans le nord de la Colombie-Britannique. Quand l'entreprise a été lancée en 1978, les appelantes (Coronation) l'ont assurée. Au cours de la première année de la police, Taku a eu trois accidents. Coronation a en conséquence refusé de renouveler la police. Dans un télex en date du 24 septembre 1979, Peter May, un employé du mandataire de l'assureur, écrivait:

... although I mentioned to Doug that I would be able to quote renewal having now looked at the file I believe we will not be able to help STOP. Our contract is out of the question ...

Taku then obtained coverage from the British Aviation Insurance Company (BAIC). Between 1979 and 1986 Taku was involved in further accidents. Its insurance was terminated and Taku began a new search for insurance coverage. The carrier applied for a policy from Coronation. Peter May again handled the request from a broker. The names Taku and Bond apparently "rang a bell" with Mr. May. He testified:

He gave me details about the Taku risk, and I specifically remember asking him because the name of Bond and/or Taku rang bells with me, and as a result of that I specifically wanted a ten-year accident history of his client.

Despite the ringing bells he did not check the insurance company's files. Instead he asked Taku to disclose its record. This Taku did not do. Rather it reported but one accident which it stated occurred in 1978 when it was insured by a policy with BAIC. In reality, the reported accident occurred in 1979 at a time when Coronation still insured Taku. In any event Coronation did not undertake an investigation of Taku. It simply calculated the risk of the policy on the basis of the false information it received from Taku. It did not consult its own records. It did not contact the previous insurer BAIC. Nor did it make inquiries at the Canadian Aviation Safety Board as to accidents in which Taku was involved.

As well, Coronation asked Taku to declare the number of seats it wished to insure for each aircraft. Taku requested and obtained coverage for only four seats on its Beaver aircraft.

[TRADUCTION] ... bien que j'aie dit à Doug que je pouvais lui faire un prix pour le renouvellement de la police ayant pris connaissance du dossier je ne crois pas que nous puissions accéder à la demande STOP. Il n'est pas question que nous passions un contrat ...

Taku s'est donc fait couvrir par British Aviation Insurance Company (BAIC). Entre 1979 et 1986, Taku a été impliquée dans d'autres accidents. On a donc mis fin à sa couverture et Taku a de nouveau commencé à chercher de l'assurance et a adressé une demande à Coronation. C'est encore une fois Peter May qui s'est occupé de la demande, qui lui avait été transmise par un courtier. Les noms Taku et Bond «disaient» apparemment quelque chose à M. May, car il a témoigné:

[TRADUCTION] Il m'a fourni des détails concernant le risque que représentait Taku et je me souviens fort bien de lui en avoir demandé parce que les noms de Bond et de Taku me disaient quelque chose et, en conséquence, je tenais particulièrement à ce qu'il me fasse rapport sur les accidents de sa cliente au cours des dix dernières années.

Malgré ses réserves, il n'a pas vérifié les dossiers de la compagnie d'assurance, mais a demandé à Taku de lui divulguer ses antécédents. Elle ne l'a pas fait. Elle lui a signalé plutôt un seul accident survenu, d'après elle, en 1978 alors qu'elle était assurée en vertu d'une police établie par BAIC. En réalité, l'accident mentionné avait eu lieu en 1979, à l'époque où l'assureur de Taku était encore Coronation. Quoi qu'il en soit, Coronation n'a pas fait d'enquête sur Taku. Elle s'est contentée de calculer en fonction des faux renseignements qu'elle avait reçus de Taku le risque présenté par la police. Elle n'a pas consulté ses propres dossiers. Elle n'est pas entrée en communication avec l'assureur précédent, BAIC. Elle ne s'est pas non plus renseignée sur les accidents de Taku auprès du Bureau canadien de la sécurité aérienne.

De plus, Coronation a demandé à Taku de déclarer le nombre de sièges qu'elle désirait assurer pour chaque aéronef. Dans le cas de son appareil Beaver, Taku n'a demandé qu'une couverture pour quatre places, ce qui lui a été accordé.

The Contract

As might be expected the appellants drafted the contract of insurance with Taku. The policy ostensibly complied with the Regulations. It included terms and conditions approved by way of Regulation by the Air Transport Committee (A.T.C.) in August 1983. The first term appears in the policy under the heading "conditions":

22. Misrepresentation and Fraud

This entire Policy shall be void if the Insured has concealed or misrepresented any material fact or circumstance, whether under the Declarations or otherwise, concerning this insurance or the subject thereof, or in the case of any fraud, attempted fraud or false statement by the Insured touching any matter relating to this insurance of the subject thereof, whether before or after the loss.

This second term the A.T.C. purported to approve appeared under the heading "exclusions":

1. This Policy does NOT apply and the Company shall not be liable to indemnify or defend any Insured where, the Aircraft is . . .

. . .

(h) in flight, unless the total number of passengers, (excluding the aircrew for the flight) carried in the aircraft at the time loss or damage occurs is equal to, or less than, the number of "seats" stated in the Declarations for the aircraft;

As will be seen from the proceedings in this case the Federal Court (Strayer J.) found that these terms and conditions could not be approved as Regulations by the A.T.C. and they were therefore void.

To comply with the regulatory requirements for the licensing of an air carrier, the insurers also issued Endorsement No. 3 which provided that, subject to enumerated conditions, the policy was in accordance with the *Air Carrier Regulations*, C.R.C. 1978, c. 3. The endorsement restated the clauses removing the

Le contrat

Comme on pourrait s'y attendre, ce sont les appelantes qui ont rédigé le contrat d'assurance intervenu avec Taku. La police était en apparence conforme au Règlement. Elle comportait des modalités approuvées par voie de règlement par le Comité des transports aériens (CTA) en août 1983. La première modalité figure dans la police sous la rubrique [TRADUCTION] «conditions»:

[TRADUCTION] **22. Fausses déclarations et fraude**

La présente police sera nulle si l'assuré a fait une fausse déclaration ou une omission concernant une circonstance ou un fait importants, que ce soit en vertu des déclarations ou autrement, à l'égard de la présente assurance ou de l'objet de celle-ci, s'il a commis une fraude ou une tentative de fraude ou s'il a fait une fausse déclaration touchant une question reliée à la présente assurance ou à l'objet de celle-ci, que ce soit avant ou après le sinistre.

La seconde modalité apparemment approuvée par le CTA se trouve sous la rubrique [TRADUCTION] «exclusions»:

[TRADUCTION] 1. La présente police ne s'appliquera PAS et la Société ne sera pas tenue d'indemniser un assuré ou de se porter à sa défense si l'aéronef . . .

. . .

h) est en vol, sauf si le nombre total de passagers (sauf l'équipage utilisé pour le vol) transportés dans l'aéronef au moment du sinistre ou des dommages est au plus égal au nombre de «sièges» indiqué dans les déclarations à l'égard de l'aéronef;

Comme le révèlent les procédures dans la présente affaire, la Cour fédérale (le juge Strayer) a décidé que le CTA n'avait pas compétence pour approuver ces modalités à titre de règlement et qu'elles étaient en conséquence entachées de nullité.

Pour satisfaire aux exigences réglementaires concernant la délivrance de permis aux transporteurs aériens, les assureurs ont en outre établi l'avenant n° 3 portant que, sous réserve de certaines conditions y énumérées, la police était conforme au *Règlement sur les transporteurs aériens*, C.R.C. 1978, ch. 3.

insurers' liability in the event of misrepresentation of a material fact and provided:

The terms, conditions and exclusions of this Policy are hereby amended to provide coverage in accordance with the provisions of Air Carrier Regulations, C.R.C. c. 3; C.T.C. 1983-7 AIR subject to the following conditions: -

1. Such amendment is strictly in accordance with the Certificate of Insurance filed with the Secretary, Air Transport Committee, Canadian Transport Commission ...

3. IN THE EVENT OF ANY CLAIM, AWARD, PAYMENT OF COST BEING PAID OR INCURRED BY THE COMPANY OR INSURERS ... WHICH WOULD NOT HAVE BEEN PAID OR INCURRED BUT FOR THE PROVISIONS OF THIS ENDORSEMENT, THEN UPON SUCH MONIES BEING PAID THE INSURED SHALL IMMEDIATELY REIMBURSE THE COMPANY OR INSURERS THE ENTIRE AMOUNT SO PAID PLUS ANY INVESTIGATIVE, LEGAL, DEFENCE, INTEREST OR OTHER EXPENSES INCURRED BY THE COMPANY OR INSURERS.

4. The entire Policy shall be void if the Air Carrier has concealed or misrepresented any material fact or circumstance concerning the insurance or the subject thereof, or in case of any fraud, attempted fraud or false statement by the Air Carrier touching any matter relating to the insurance or the subject thereof, whether before or after a loss.

The contract of insurance drawn by the insurers reveals that the drafters possessed a detailed knowledge of the contents of the Regulations as they stood at the time of drafting. The policy placed the entire risk of misrepresentation by Taku, the insured, on its passengers.

The Accident

On September 27, 1986, a Beaver aircraft owned and operated by Taku crashed into a lake. At the time of the crash the plane carried five passengers rather than the four declared by Taku in its application. All

L'avenant reprenait les clauses stipulant l'irresponsabilité des assureurs dans le cas de fausses déclarations relatives à un fait substantiel et prévoyait:

[TRADUCTION] Les conditions et exclusions de la présente police sont modifiées par les présentes de façon que la couverture de ladite police soit conforme aux dispositions du Règlement sur les transporteurs aériens, C.R.C. ch. 3; C.C.T. 1983-7 AIR, sous réserve des conditions suivantes: -

1. Cette modification est strictement conforme au certificat d'assurance déposé auprès du secrétaire du Comité des transports aériens de la Commission canadienne des transports ...

3. SI LA SOCIÉTÉ OU LES ASSUREURS EFFECTUENT UNE INDEMNISATION OU UN PAIEMENT OU S'Y VOIENT TENUS [...] DANS UN CAS OÙ, N'ÊT ÉTÉ LES STIPULATIONS DU PRÉSENT AVENANT, IL N'Y AURAIT EU AUCUN PAIEMENT NI AUCUNE OBLIGATION DE PAYER, ALORS, SUR PAIEMENT DES SOMMES SUSVISÉES, L'ASSURÉE DOIT IMMÉDIATEMENT REMBOURSER À LA SOCIÉTÉ OU AUX ASSUREURS LA TOTALITÉ DE LA SOMME AINSI VERSÉE DE MÊME QUE TOUS LES FRAIS D'ENQUÊTE, TOUS LES HONORAIRES D'AVOCAT, TOUS LES INTÉRÊTS OU TOUTES LES AUTRES DÉPENSES ENGAGÉES PAR LA SOCIÉTÉ OU LES ASSUREURS.

4. La totalité de la police sera nulle si le transporteur aérien a fait une fausse déclaration ou une omission touchant une circonstance ou un fait importants à l'égard de l'assurance ou de l'objet de celle-ci, s'il a commis une fraude ou une tentative de fraude ou s'il a fait une fausse déclaration à l'égard d'une question reliée à l'assurance ou à l'objet de celle-ci, que ce soit avant ou après un sinistre.

Il ressort du contrat d'assurance dressé par les assureurs que ses rédacteurs connaissaient à fond le teneur du Règlement au moment où ce contrat a été établi. La police faisait supporter entièrement aux passagers le risque de déclarations fausses faites par Taku, l'assurée.

Le sinistre

Le 27 septembre 1986, un aéronef Beaver appartenant à Taku et exploité par elle s'est écrasé dans un lac. Lors de l'écrasement l'avion avait à son bord cinq passagers plutôt que les quatre indiqués par

the passengers including Mr. Passarell and Mr. Florence were killed.

The Procedural History

Coronation denied coverage under the policy after the accident on the grounds of the misrepresentation of Taku as to its accident record. Coronation commenced an action against Taku to have the policy declared void *ab initio* or, in the alternative, for a declaration that they were not liable to indemnify Taku.

The widows of the passengers and guardians *ad litem* of the children of Messrs. Florence and Passarell applied and were joined as defendants in the action. They counterclaimed for a declaration that Coronation was obliged to indemnify Taku. Alternatively they claimed that the appellant insurance companies were obliged to satisfy any judgments that might be obtained by the families of the passengers pursuant to the *Family Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 120, since Taku had become insolvent. It must be borne in mind that pursuant to s. 26 of the *Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 200, the insurance companies may raise any defences against the passengers which would be available against the insured Taku. The section provides that:

26. (1) Where a person incurs liability for injury or damage to the person or property of another, and is insured against that liability, and fails to satisfy a judgment awarding damages against him in respect of that liability, and an execution against him in respect of it is returned unsatisfied, the person entitled to the damages may recover by action against the insurer the amount of the judgment up to the face value of the policy, but subject to the same equities as the insurer would have if the judgment had been satisfied.

At trial, the respondents requested an adjournment. This was to permit them to bring an action in the Federal Court to quash the exclusion clauses pertaining to misrepresentation and the number of seats. These clauses had been approved by the A.T.C. as Regulations in August 1983. Strayer J. granted the

Taku dans sa demande d'assurance. Tous les passagers, y compris MM. Passarell et Florence, ont trouvé la mort.

a La procédure

Invoquant les fausses déclarations de Taku concernant ses accidents, Coronation a refusé d'honorer la police à la suite du sinistre. Coronation a intenté contre Taku une action visant à faire déclarer la police nulle *ab initio* ou, subsidiairement, à se faire décharger de l'obligation d'indemniser Taku.

c Ayant demandé, avec succès, à être constitués défendeurs dans l'action, les veuves des passagers et les tuteurs *ad litem* des enfants de MM. Florence et Passarell ont présenté une demande reconventionnelle visant à faire déclarer que Coronation était tenue d'indemniser Taku. Ils ont fait valoir à titre subsidiaire qu'il incombait aux compagnies d'assurance appelantes d'exécuter tout jugement pouvant être obtenu par les familles des passagers en vertu de la *Family Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 120, puisque Taku était devenue insolvable. Il faut se rappeler qu'aux termes de l'art. 26 de l'*Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 200, les compagnies d'assurance peuvent invoquer contre les passagers tous les moyens de défense dont elles pourraient se prévaloir contre Taku. L'article 26 dispose:

[TRADUCTION] 26. (1) Lorsqu'une personne voit engager sa responsabilité pour des lésions corporelles ou un préjudice matériel causés à une autre personne, qu'elle est assurée contre cette responsabilité, qu'elle ne s'acquitte pas des dommages-intérêts auxquels elle a été condamnée par suite de cette responsabilité et que la saisie-exécution s'avère infructueuse, la personne ayant droit aux dommages-intérêts peut se faire dédommager en intentant contre l'assureur une action en paiement du montant des dommages-intérêts jusqu'à concurrence de la valeur nominale de la police, sous réserve toutefois des droits en *equity* dont l'assureur aurait pu se prévaloir si la somme adjugée avait été payée.

En première instance, les intimés ont demandé un ajournement. Cela devait leur permettre d'introduire en Cour fédérale une action en annulation des clauses d'exclusion relatives aux fausses déclarations et au nombre de sièges assurés, clauses que le CTA avait approuvées à titre de règlement en août 1983. La

respondents' application (*Florence v. Air Transport Committee* (1988), 34 Admin. L.R. 36 (F.C.T.D.)). He concluded that s. 20.3(3)(b) of the *Air Carrier Regulations*, which authorized the A.T.C. to give its approval to additional conditions, amounted to an unlawful delegation of the power of the Canadian Transport Commission (C.T.C.) to make regulations. He held that the C.T.C. could not redelegate the power it had been granted by Parliament to enact Regulations to another body. This finding of Strayer J. has not been challenged and it should be accepted for the purposes of this appeal.

Proceedings in the Courts Below

At Trial ((1989), 37 C.C.L.I. 271)

At trial, Meredith J. found the contract of insurance void *ab initio* as Taku had violated its conditions by concealing and misrepresenting its accident record. He rejected arguments that the insurers could be taken to be aware of the misrepresentation because of the content of their own files. In reaching his decision he considered Strayer J.'s finding that s. 20.3(3)(b) was an improper delegation of discretion. As a result of this finding, any approval of conditions made pursuant to that section was invalid. In Meredith J.'s view, as a consequence of this invalidity the policy issued to Taku did not comply with the requirements of the Regulations. The C.T.C., therefore, should not have licensed the air carrier. He found that the failure to comply with the valid Regulations did not affect the validity of the contract between the appellant insurance companies and Taku.

Meredith J. expressed regret at the hardship imposed by the strict application of insurance contract law on the passengers. He granted costs to the respondents giving two reasons. First, he noted that the appellants must have known that Taku's licence depended upon proof of insurance against its own negligence for the protection of passengers. By drawing up a contract that placed the entire risk of misrepresentation of a material fact by the insured on the

demande des intimés a été accueillie par le juge Strayer, *Florence c. Comité des transports aériens* (1988), 34 Admin. L.R. 36 (C.F.D.P.I.). Il a conclu que l'al. 20.3(3)(b) du *Règlement sur les transporteurs aériens*, habilitant le CTA à approuver des conditions supplémentaires, équivalait à une délégation illicite du pouvoir réglementaire de la Commission canadienne des transports (CCT). Le juge Strayer a dit que la CCT ne pouvait déléguer à un autre organisme le pouvoir réglementaire qu'il tenait du législateur fédéral. Cette conclusion du juge Strayer n'a pas été contestée et doit donc être retenue aux fins du présent pourvoi.

Les procédures devant les juridictions inférieures

La première instance ((1989), 37 C.C.L.I. 271)

En première instance, le juge Meredith a déclaré le contrat d'assurance nul *ab initio* puisque Taku en avait violé les conditions en ne révélant pas ses accidents et en faisant des fausses déclarations à cet égard. Il a rejeté les arguments selon lesquels la connaissance de la fausseté de ces déclarations pouvait être imputée aux assureurs en raison du contenu de leurs propres dossiers. Pour arriver à cette décision il a pris en considération la conclusion du juge Strayer que l'al. 20.3(3)(b) constituait une délégation irrégulière d'un pouvoir discrétionnaire, conclusion dont il découlait que toute approbation de conditions faite en vertu de cet alinéa était invalide. De l'avis du juge Meredith, cette invalidité avait pour conséquence que la police établie en faveur de Taku ne répondait pas aux exigences posées par le Règlement. Cela étant, la CCT n'aurait pas dû délivrer de permis au transporteur aérien. Le juge Meredith a conclu que l'omission de se conformer à un règlement valide n'avait aucune incidence sur la validité du contrat intervenu entre les compagnies d'assurances appelantes et Taku.

Le juge Meredith s'est dit navré des dures conséquences qu'entraînait pour les passagers l'application stricte du droit des contrats d'assurance. Il a adjugé les dépens aux intimés pour deux motifs. Premièrement, il a fait remarquer que les appelantes devaient savoir que l'obtention d'un permis par Taku dépendait de la fourniture d'une preuve qu'elle était assurée contre sa propre négligence pour la protection des passagers. En dressant un contrat qui faisait supporter

passengers, the insurers removed any financial self-interest they would have to investigate Taku. Second, Meredith J. found that the families were justified in attempting to establish that the insurers were aware of all material risks to the policy. Although the contract of insurance purported to be for their benefit, they had no means of knowing what had occurred when it was negotiated.

Court of Appeal ((1990), 48 B.C.L.R. (2d) 222)

Anderson J.A.

Anderson J.A. held that while Strayer J.'s decision did not retroactively amend the contract of insurance, the effect of the decision was that s. 20.3(3)(b) was void *ab initio* and thus, as a matter of law, it never existed. Endorsement 3 provides that the policy coverage is in accordance with the Regulations. Anderson J.A. interpreted this provision as an expression by the parties of the intended amendment of the contract so that it would always be in accord with the Regulations as they might be amended. As a result of Strayer J.'s judgment he read the endorsement as if the conditions which were invalidly approved by the A.T.C. were not present. Accordingly, he found the insurers liable on a valid policy.

Locke J.A.

Locke J.A. concurred with Anderson J.A. He found that since s. 20.3(3)(b) had been declared void the exclusions approved pursuant to it had vanished from the policy and the endorsement. Counsel for the insurers submitted that the policy would never have been issued to Taku without the conditions approved under the invalid Regulation. In response, Locke J.A. acknowledged the obvious conflict which existed between the contract law rights of the parties and the public policy expressed in the Regulations. He noted that the insurers had chosen to enter a highly regulated field. The decision to draft policies in accordance with "a sea of regulations" demonstrated that the insurers intended to adhere to whatever might be

entièrement à ces derniers le risque que l'assurée ne fasse de fausses déclarations concernant un fait substantiel, les assureurs ont écarté tout intérêt financier qu'ils auraient eu à faire enquête sur Taku. Deuxièmement, le juge Meredith a conclu que c'était avec justification que les familles avaient tenté de prouver que les assureurs étaient au courant de tous les risques importants inhérents à la police. Bien que le contrat d'assurance fût censé leur profiter, les passagers étaient dans l'impossibilité de savoir ce qui s'était passé lors de sa négociation.

Cour d'appel ((1990), 48 B.C.L.R. (2d) 222)

Le juge Anderson

Le juge Anderson a décidé que, bien que n'opérant pas la modification rétroactive du contrat d'assurance, la décision du juge Strayer avait pour conséquence que l'al. 20.3(3)(b) était nul *ab initio*, de sorte que, du point de vue juridique, il n'a jamais existé. L'avenant n° 3 porte que la police donne une couverture conforme au Règlement. Le juge Anderson a interprété cette clause comme l'expression par les parties de l'intention de modifier le contrat en fonction de la modification du Règlement, de manière qu'il soit toujours conforme à celui-ci. Par suite du jugement du juge Strayer, le juge Anderson a interprété l'avenant comme si les conditions irrégulièrement approuvées par le CTA n'existaient pas. Il a en conséquence conclu à la responsabilité des assureurs fondée sur la validité de la police.

Le juge Locke

Le juge Locke a souscrit à l'avis du juge Anderson. Il a conclu que, comme l'al. 20.3(3)(b) avait été déclaré nul, les exclusions approuvées sous son régime se trouvaient effacées de la police et de l'avenant. L'avocat des assureurs a fait valoir que la police n'aurait jamais été délivrée à Taku en l'absence des conditions approuvées en vertu du règlement invalide. Ce à quoi le juge Locke a répondu en reconnaissant le conflit qui existait manifestement entre les droits des parties découlant du droit des contrats et la politique d'intérêt public exprimée dans le Règlement. Il a souligné que les assureurs avaient choisi de se lancer dans un domaine fortement réglementé. La décision de rédiger des polices qui soient conformes

the valid regulations in force at any given time. Any subsequent court decision holding a regulation void he found to be a "hazard of doing business". The insurers therefore remained liable on the contract in compliance with the valid Regulations.

Gibbs J.A.

Gibbs J.A., dissenting, held that there was no link between the striking down of s. 20.3(3)(b) and the validity of the insurance contract. In his view, the impact of Strayer J.'s decision was only upon Taku's licence. He found that the fact that Taku had operated in a manner that contravened the requirements of the (valid) *Air Carrier Regulations* did not affect the validity of the contract between the appellants and Taku. Gibbs J.A. found that the endorsement was an incorporation by reference into the contract of the Regulations in the form the insurers believed them to be when issuing the policy. He rejected the submission that the insurers had any duty to investigate the air carrier. He also would have overturned the trial judge's award of costs to the families as he found that Meredith J.'s first reason ignored the fact that costs should relate to the "proceedings" and not to events leading to them. He added that he could not understand the logic of awarding costs to the families when the insurers had won the issue and there was no suggestion of improper conduct.

Issue

Do the appellants have a defence under common law doctrines of insurance law or alternatively by the terms of the contract to avoid liability for the claim?

à [TRADUCTION] «une multiplicité de règlements» démontre l'intention des assureurs d'observer tout règlement valide pouvant être en vigueur à un moment donné. D'après lui, la possibilité d'un jugement subséquent portant invalidité d'un règlement faisait partie des [TRADUCTION] «risques des affaires». Les assureurs demeuraient donc responsables en vertu du contrat conformément au Règlement valide.

Le juge Gibbs

Le juge Gibbs, dissident, a conclu à l'inexistence d'un lien entre l'invalidation de l'al. 20.3(3)(b) et la validité du contrat d'assurance. À son avis, la décision du juge Strayer n'avait de répercussions que sur le permis de Taku. Le fait que Taku avait exercé ses activités d'une manière contraire aux exigences du *Règlement sur les transporteurs aériens* (qui était valide), estimait-il, n'avait aucun effet sur la validité du contrat passé par les appelantes et Taku. Le juge Gibbs a conclu que l'avenant incorporait par renvoi dans le contrat le Règlement tel qu'il existait d'après les assureurs au moment d'établir la police. Il a rejeté l'argument selon lequel il incombait aux assureurs de faire enquête sur le transporteur aérien. Il était en outre d'avis d'infirmer la décision du juge de première instance portant adjudication des dépens aux familles, puisque, d'après lui, le premier motif avancé par le juge Meredith ne tenait pas compte de ce que les dépens doivent se rapporter à [TRADUCTION] «l'instance» et non pas aux événements dont elle tire son origine. Le juge Gibbs a ajouté ne pouvoir saisir la logique d'adjuger les dépens aux familles alors que c'étaient les assureurs qui avaient obtenu gain de cause et que rien ne faisait croire à une conduite irrégulière.

La question en litige

Les appelantes peuvent-elles se soustraire à l'obligation d'indemniser en invoquant un moyen de défense fondé soit sur les principes de common law en matière d'assurance, soit sur les modalités du contrat?

The Purpose of the Regulations

The claims of the parties to this action should be addressed in the light of the regulatory context in which the insurance companies and Taku carried on their affairs. The aviation industry falls within the general category of transportation. The *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, applies to air transport covered by the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3. Section 3 of the former Act expresses the over-riding rationale for regulation in this field:

3. It is hereby declared that an economic, efficient and adequate transportation system making the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to protect the interests of the users of transportation . . .

I would note in passing that the word "safe" was added to the section in 1987.

Passengers, as users of transportation, are the intended beneficiaries of state intervention in this field.

To implement the goals of the legislation, the C.T.C. passed regulations designed to protect passengers by requiring that every commercial air carrier as a condition of receiving a licence obtain insurance coverage for passengers killed or injured as a result of the negligence of the carrier. In 1983, the C.T.C. approved amendments to the *Air Carrier Regulations*. Among other changes the amendments provided for an increase in the minimum insurance coverage required for each passenger from \$40,000 to \$300,000. The coverage was to be based upon the number of passenger seats. This substantial increase indicates the importance attached by the regulators to the goal of protecting the ability of passengers, or their dependants, to recover for an air carrier's negligence. These amendments also included a provision that attempted to constrain insurers from placing exclusions or conditions on liability. The text of those regulations is as follows:

L'objet du Règlement

C'est à la lumière du contexte réglementaire dans lequel les compagnies d'assurances et Taku exerçaient leurs activités qu'il convient d'aborder les moyens avancés par les parties à la présente action. L'industrie aéronautique relève de la catégorie générale des transports. La *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17, s'applique au transport aérien visé par la *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, ch. A-3. L'article 3 de la première loi énonce la raison d'être prépondérante de la réglementation dans ce domaine:

3. Il est par les présentes déclaré qu'un système économique, efficace et adéquat de transport utilisant au mieux tous les moyens de transport disponibles au prix de revient global le plus bas est essentiel à la protection des intérêts des usagers des moyens de transport . . .

Je signale en passant que le mot «sûr» a été ajouté à l'article en 1987.

Ce sont les passagers en tant qu'usagers des moyens de transport qui sont censés bénéficier de l'intervention de l'État dans ce domaine.

Pour assurer la réalisation des objets de la loi, la CCT a pris un règlement destiné à protéger les passagers en imposant à tout transporteur aérien commercial l'obligation d'obtenir, comme condition de délivrance d'un permis, une assurance suffisante pour le cas où des passagers décéderaient ou seraient blessés par suite de la négligence du transporteur. En 1983, la CCT a approuvé des modifications au *Règlement sur les transporteurs aériens*. Ces modifications prévoient notamment que soit portée de 40 000\$ à 300 000\$ l'assurance minimale requise pour chaque passager. La couverture devait être basée sur le nombre de sièges passagers. Cette augmentation considérable dénote l'importance attachée par l'organisme de réglementation au but d'assurer aux passagers, ou aux personnes à leur charge, la possibilité de se faire indemniser par suite de la négligence d'un transporteur aérien. Les modifications en question comprennent en outre une disposition visant à empêcher les assureurs de stipuler des exceptions à leur responsabilité ou de l'assujettir à des conditions. Ce règlement porte:

20.3 (1) No air carrier shall provide a commercial air service unless it maintains for each incident related to the operation of that service

(a) liability insurance covering risks of injury to or death of passengers in an amount that is not less than the amount determined by multiplying \$300,000 by the number of passenger seats on board the aircraft engaged in the commercial air service; and

. . .

(3) No air carrier shall take out liability insurance to comply with subsection (1) that contains an exclusion or waiver provision reducing insurance coverage for any incident below the applicable minima determined pursuant to that subsection, unless that provision

(a) is in respect of standard exclusion clauses adopted by the international aviation insurance community dealing with

(i) war, hi-jacking and other perils,

(ii) noise and pollution and other perils, and

(iii) aviation radioactive contamination; or

(b) has been approved in writing by the Committee.

20.4 (1) Every licensed air carrier and every air carrier on the eligible list shall file with the Committee a valid certificate of insurance in the form set out in Schedule XVI signed by an authorized officer or agent of its insurer.

(2) A certificate of insurance referred to in subsection (1) shall not be accepted by the Committee unless it

(a) demonstrates to the Committee's satisfaction that the requirements specified in section 20.3 have been met; and

(b) contains an undertaking by the insurer or its agent to notify the Secretary forthwith in writing when an insured air carrier's coverage

(i) is changed or is intended to be changed in a manner that results in the air carrier's failure to comply with section 20.3, or

(ii) is cancelled or is intended to be cancelled.

The "Committee" referred to in the *Air Carrier Regulations* is the A.T.C.

If the *Air Carrier Regulations* are breached the air carrier is liable to lose its licence and is guilty of an

20.3 (1) Un transporteur aérien ne peut exploiter un service aérien commercial que s'il possède pour chaque sinistre lié à l'exploitation de ce service

a) une assurance responsabilité couvrant les blessures ou le décès de passagers pour un montant au moins équivalent du produit de \$300 000 multiplié par le nombre de sièges passagers à bord de l'aéronef utilisé dans le cadre du service aérien commercial; et

. . .

(3) Un transporteur aérien ne peut, pour se conformer au paragraphe (1), souscrire à une assurance responsabilité qui contient une clause d'exclusion ou d'exemption qui réduit l'étendue des risques assurés pour un sinistre en deçà des montants minimaux prévus à ce paragraphe, à moins que cette clause

a) ne soit une clause d'exclusion normalement adoptée par les compagnies d'assurances en aviation internationale, qui vise

(i) la guerre, la piraterie aérienne et d'autres dangers,

(ii) le bruit, la pollution et d'autres dangers, et

(iii) la contamination radioactive des aéronefs; ou

b) n'ait été approuvée par écrit par le Comité.

20.4 (1) Chaque transporteur aérien autorisé et chaque transporteur aérien inscrit sur la liste d'admissibilité doivent déposer auprès du Comité un certificat d'assurance valide conforme à l'annexe XVI et signé par un agent autorisé ou un représentant de l'assureur.

(2) Le Comité n'accepte un certificat d'assurance visé au paragraphe (1) que si celui-ci

a) établit à la satisfaction du Comité que les exigences de l'article 20.3 ont été respectées; et

b) stipule l'engagement de la part de l'assureur ou de son agent d'aviser par écrit le Secrétaire dès que l'étendue des risques assurés du transporteur aérien

(i) est modifiée ou est censée être modifiée de façon que le transporteur aérien ne puisse plus respecter les exigences de l'article 20.3, ou

(ii) est annulée ou est censée être annulée.

Le «Comité» visé au *Règlement sur les transporteurs aériens* est le CTA.

Le transporteur aérien qui viole le *Règlement sur les transporteurs aériens* risque la révocation de son

offence under s. 17 of the *Aeronautics Act* and s. 161 of the Regulations. Nonetheless it is evident that the Regulations were enacted for the protection and benefit of the passengers. Clearly their aim is to provide insurance coverage for passengers who are killed or injured as a result of the negligence of the air carrier. This regulatory regime demands the active participation of the insurance company. The insurer must draft a contract that satisfies these Regulations and it must submit a certificate of insurance to the C.T.C. The insurer benefits from the scheme as it forces all air carriers to purchase policies as a condition of licence.

Common Law Duties of Disclosure Placed on the Insurer and the Insured

Although it is the state which has determined by Regulations the conditions for the coverage to be provided by the contract of insurance, the appellants have raised two private law doctrines to deny liability. They cite both the insurance doctrine of *uberrima fides* and general contract principles to support the position that the policy issued to Taku was void *ab initio*. The *uberrima fides* doctrine is a longstanding tenet of insurance law which holds parties to an insurance contract to a standard of utmost good faith in their dealing. It places a heavy burden on those seeking insurance coverage to make full and complete disclosure of all relevant information when applying for a policy.

In argument, the appellants referred to and relied upon the doctrine as formulated by Lord Mansfield in *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162. Mansfield L.J. understood the duty of disclosure to flow from the nature of a typical insurance contract. An insurer must accurately assess the risk of issuing a policy to determine an appropriate premium. Drawing on the experience of the insurance industry in eighteenth-century Britain, he assumed that the party applying for insurance had superior knowledge of the matters affecting the risk. Because of the disparity in access to relevant and essential information between the insurer and the insured, he found that a prospective insured had an obligation at common law to communicate all relevant factors to the insurer. He

permis et se rend coupable d'une infraction à l'art. 17 de la *Loi sur l'aéronautique* et à l'art. 161 du Règlement. Il est évident néanmoins que c'est pour la protection et au profit des passagers qu'a été pris le Règlement, l'objet de celui-ci étant visiblement de faire bénéficier d'une assurance les passagers qui décèdent ou sont blessés par suite de la négligence du transporteur aérien. Ce régime réglementaire exige la participation active de la compagnie d'assurance. L'assureur doit en effet dresser un contrat qui soit conforme au Règlement et remettre à la CCT un certificat d'assurance. Le régime profite à l'assureur en ce sens qu'il oblige tous les transporteurs aériens à se faire assurer comme condition de l'obtention d'un permis.

L'obligation de divulgation incombant à l'assureur et à l'assuré en common law

Bien que ce soit l'État qui a fixé par voie de règlement les conditions quant à la couverture devant être fournie par le contrat d'assurance, les appelantes, pour nier leur responsabilité, ont eu recours à deux principes de droit privé. Elles invoquent à la fois la théorie de l'*uberrima fides* propre au droit des assurances et les principes généraux des contrats à l'appui du point de vue selon lequel la police délivrée à Taku était nulle *ab initio*. Principe bien établi du droit des assurances, la théorie de l'*uberrima fides* astreint les parties à un contrat d'assurance à la bonne foi la plus totale. Quiconque demande une police d'assurance se voit imposer une lourde obligation de divulguer complètement tous les renseignements pertinents.

Au cours des débats, les appelantes ont mentionné et invoqué la théorie telle qu'elle est formulée par lord Mansfield dans l'arrêt *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162. D'après le lord juge Mansfield, l'obligation de divulgation découlait de la nature du contrat typique d'assurance. Pour fixer la prime appropriée, l'assureur doit apprécier exactement le risque inhérent à la délivrance d'une police. Se fondant sur l'expérience de l'industrie des assurances en Grande-Bretagne au XVIII^e siècle, il a supposé que c'était la partie qui demandait une assurance qui connaissait le mieux les faits influant sur le risque. En raison de l'inégalité de l'assureur et de l'assuré en ce qui concerne les possibilités d'accès aux renseignements pertinents et essentiels, a-t-il conclu,

held that if an insured should fail, even inadvertently, to fulfil this duty then the policy would be void. He wrote (at p. 1909):

Insurance is a contract upon speculation.

The special facts, upon which the contingent chance is to be computed, lie most commonly in the knowledge of the insured only: the under-writer trusts to his representation, and proceeds upon confidence that he does not keep back any circumstance in his knowledge, to mislead the under-writer into a belief that the circumstance does not exist, and to induce him to estimate the risk, as if it did not exist.

The keeping back such circumstance is a fraud, and therefore the policy is void. Although the suppression should happen through mistake, without any fraudulent intention; yet still the under-writer is deceived, and the policy is void; because the risk run is really different from the risk understood and intended to be run, at the time of the agreement.

The insured has no obligation to provide any information that is generally available. The insurer may not rely on an applicant to provide information on prevailing circumstances in an industry or to do the insurer's work of evaluating the risk. In Lord Mansfield's words (at p. 1910):

There are many matters, as to which the insured may be innocently silent—he need not mention what the under-writer knows—*Scientia utrinque par pares contrahentes facit*.

An under-writer can not insist that the policy is void, because the insured did not tell him what he actually knew; what way soever he came to the knowledge.

The insured need not mention what the under-writer ought to know; what he takes upon himself the knowledge of; or what he waves being informed of.

When Lord Mansfield set the principle governing insurance contracts the world was a little different. It was a simpler if not, in some respects, a gentler place. The business of insurance was very different. Then policies of insurance were issued most frequently to

la common law imposait à l'assuré éventuel l'obligation de communiquer à l'assureur tous les facteurs pertinents. Lord Mansfield a statué que si un assuré omettait, même par inadvertance, de s'acquitter de cette obligation, la police serait entachée de nullité. Il a écrit à ce sujet (à la p. 1909):

[TRADUCTION] L'assurance est un contrat aléatoire.

Les faits particuliers, à partir desquels les aléas se calculent, ne sont le plus souvent connus que de l'assuré: l'assureur se fie à ses déclarations et compte qu'il ne taira aucune circonstance dont il a connaissance dans le but de lui faire croire à l'inexistence de cette circonstance et de l'amener à apprécier le risque en conséquence.

La non-divulcation d'une telle circonstance constitue une fraude et entraîne donc la nullité de la police. Quand même la dissimulation résulterait d'une erreur, sans qu'il n'y ait aucune intention frauduleuse, l'assureur n'en a pas moins été trompé et la police est nulle parce que le risque couru diffère en réalité de celui qu'on croyait courir et qu'on a eu l'intention de courir au moment de l'accord.

Il n'incombe nullement à l'assuré de fournir des renseignements généralement disponibles. L'assureur ne saurait compter sur le proposant pour l'informer sur les circonstances courantes dans une industrie donnée ni pour effectuer à sa place l'évaluation du risque. Pour reprendre les propos de lord Mansfield (à la p. 1910):

[TRADUCTION] Il est bien des faits relativement auxquels l'assuré peut en toute innocence garder le silence; il n'est pas tenu de mentionner ce dont l'assureur est au courant: *Scientia utrinque par pares contrahentes facit*.

L'assureur ne peut alléguer la nullité de la police du fait que l'assuré ne lui a pas révélé ce qu'il savait en fait, peu importe la façon dont il a pu acquérir ces connaissances.

L'assuré n'a pas à mentionner ce que l'assureur devrait savoir, ce sur quoi ce dernier prend sur lui de s'informer ou ce sur quoi il renonce à être renseigné.

Le monde qu'habitait lord Mansfield au moment où il a formulé le principe régissant les contrats d'assurance différait quelque peu de celui que nous connaissons. Il était moins complexe, et même, à certains égards, moins rude. L'industrie des assurances était

cover a vessel, or its cargo. The contract was issued for the benefit of the insured. It was the owner as insured who would have the detailed knowledge of the vessel or its cargo. No one would know better than the owner of the incipient dry rot or the tendency of the ship to take on water in a fresh breeze. This was knowledge that the insurance company could not readily attain and it was appropriate to relieve the insurer of all responsibility for obtaining it. That principle held true in 1766. It can hold true today where the policy is for the exclusive benefit of the insured.

However, I do not think it should be applicable to the situation presented in this case. Here the insurer was entering into a field known to be highly regulated. The Regulations provided that before a commercial air carrier could obtain its licence it was required to obtain and file proof of insurance coverage for its passengers to the extent of \$300,000 per passenger.

Thus the Regulations require a carrier to have insurance which will benefit members of the public flying as passengers. These members of the public who are beneficiaries of the insurance are excluded from the negotiations leading to the placement of the policy. It is they who are at risk. It is they who are purportedly the beneficiaries of the policy yet it is they whose claims can be so easily frustrated.

The Regulations provide that insurance for the passengers is mandatory. They represent public policy. The insurance is primarily for the benefit of the flying public and not for the air carrier. If it can be so readily frustrated by the automatic application of principles enunciated by a court two hundred years ago in a different time and circumstances then the law seems grossly unfair. It was the court not the legislature which expounded the principles applicable to the placement of insurance policies in 1766. It does not seem inappropriate for a court to set out the principles applicable in today's society.

The present situation can really be stated in this way. Insurance for passengers has been made a con-

tout autre. Les polices d'assurance couvraient le plus souvent un navire ou sa cargaison. Le contrat était conclu au profit de l'assuré. C'était le propriétaire en sa qualité d'assuré qui avait tous les détails concernant le navire ou sa cargaison. Nul ne connaissait mieux que le propriétaire en effet la présence d'une carie sèche naissante ou la tendance du navire à embarquer de l'eau par vent fort. Ces renseignements n'étant pas facilement accessibles à la compagnie d'assurance, il convenait de dégager l'assureur de toute responsabilité de les obtenir. Ce principe était valable en 1766. Il peut l'être encore aujourd'hui lorsque la police profite exclusivement à l'assuré.

Je ne crois toutefois pas qu'il devrait s'appliquer à la situation qui se présente en l'espèce. Il s'agit ici d'un cas où l'assureur se lançait dans un domaine qu'il savait fortement réglementé. Aux termes du Règlement, un transporteur aérien commercial doit se procurer et produire une preuve d'assurance couvrant ses passagers pour un montant de 300 000 \$ par passager, sans quoi il ne peut obtenir un permis.

Le Règlement exige donc qu'un transporteur aérien ait une assurance qui profite aux membres du public qui sont ses passagers. Ces membres du public bénéficiaires de l'assurance sont exclus des négociations menant à l'établissement de la police. Ce sont eux qui courent le risque. Ce sont eux qui sont censés bénéficier de la police. Ce sont pourtant leurs réclamations qu'on peut faire si facilement échouer.

Le Règlement, traduisant en cela l'intérêt public, rend obligatoire une assurance pour les passagers. L'assurance profite surtout aux membres du public passagers à bord d'aéronefs, non pas au transporteur aérien. Or, si l'application automatique de principes énoncés par un tribunal il y a deux cents ans, à une époque et dans des circonstances différentes, permet d'écarter si facilement cette assurance, alors la règle de droit semble être d'une injustice criante. C'est le tribunal et non le législateur qui a énoncé les principes présidant à l'établissement des polices d'assurance en 1766. Il ne semble donc pas hors de propos que ce soit un tribunal qui formule les principes applicables dans la société moderne.

Voici quelle est vraiment la situation actuelle. Un transporteur aérien ne peut se faire délivrer un permis

dition for licensing air carriers. A carrier in order to obtain a licence must seek out an insurer and obtain a policy. Without a policy they cannot fly. The Regulations provide the insurance companies with a captive clientele. Yet, on the strength of Lord Mansfield's doctrine the insurer is not bound to pay in case of death or injury of a passenger resulting from the negligence of the carrier if that carrier misrepresented the extent of its accident history on the application. This is so even if the insurer's own records would disclose the misrepresentation. It is a situation that discourages both investigation by the insurer and disclosure by the insured. In a highly regulated, and potentially dangerous, field the passenger is left unprotected.

Both the risk and the unfairness may be greater for passengers flying with smaller carriers in isolated areas of the country. They may not have an alternative means of transportation available to them. It is unlikely that passengers boarding aircraft in remote localities will be able to assess the financial condition of the carrier. The carrier may not have the assets of the larger airlines. As a result it might not be able to meet the claims made on behalf of its passengers. Without valid insurance the passenger claimants may not be able to recover anything for their losses. Nor will they be able to obtain their own insurance from insurance vending machines, so much in evidence in larger airports. They are very vulnerable and they are at risk. Yet they will often be unprotected and the Regulations readily frustrated.

I would think that where the policy of insurance required by statute or regulation is primarily for the benefit of members of the flying public and not just the insured, the insurer must take some basic steps to investigate the flying record of the air carrier applying for insurance. At a minimum, it should review its own files on the applicant. Further the insurer should

que s'il a contracté une assurance pour ses passagers. Pour recevoir un permis, le transporteur doit se trouver un assureur et en obtenir une police. À défaut de police, aucun vol n'est possible. Le Règlement fournit donc aux compagnies d'assurance une clientèle captive. Pourtant, suivant le principe posé par lord Mansfield, l'assureur n'est pas tenu à l'indemnisation dans les cas où un passager décède ou est blessé par suite de la négligence du transporteur, si ce dernier a fait sur la formule de demande d'assurance de fausses déclarations concernant le nombre de ses accidents. Cela vaut même si la fausseté de ces déclarations se dégagerait des dossiers de l'assureur lui-même. Voilà donc une situation qui décourage à la fois de toute vérification par l'assureur et de toute divulgation par l'assuré. Dans un domaine fortement réglementé et potentiellement dangereux, le passager est laissé sans protection.

Le risque et l'injustice peuvent être encore plus grands pour les passagers de petits transporteurs dans les régions isolées du pays. La possibilité de recourir à d'autres moyens de transport n'existe peut-être pas pour eux. Il est peu probable que les passagers qui montent à bord d'un aéronef dans des endroits éloignés soient en mesure d'évaluer la situation financière du transporteur. Celui-ci ne dispose peut-être pas des moyens que possèdent les lignes aériennes plus grandes et risque en conséquence de ne pas pouvoir payer dans l'éventualité de demandes d'indemnisation présentées pour le compte de ses passagers. En l'absence d'une assurance valide, les passagers réclaments ne recevront peut-être aucune indemnisation de leurs pertes. Ils n'auront pas non plus la possibilité d'obtenir leur propre assurance d'un de ces distributeurs tellement en évidence dans les grands aéroports. Ils sont très vulnérables et exposés à un risque. Pourtant, ils n'auront souvent aucune protection et le Règlement sera facilement contourné.

Il me semble que, lorsque la police d'assurance prescrite par une loi ou un règlement profite principalement aux membres du public passagers à bord d'aéronefs et non pas simplement à l'assuré, il incombe à l'assureur de prendre certaines mesures minimales pour se renseigner sur les antécédents du transporteur aérien qui demande à être assuré. Tout au moins l'as-

make a search of the public record of accidents of the air carrier.

The heavily regulated nature of the aviation industry makes accident histories easily available. The regulators collect information for all such incidents even when they choose not to investigate. In 1984, the Canadian Aviation Safety Board was created by an Act of Parliament. The *Canadian Aviation Safety Board Regulations* provide for the mandatory reporting of all incidents in ss. 3(1) and 5(3) (SOR/84-929 as amended by SOR/87-642). Although no evidence was presented on this point it is apparent that it was the salutary practice of this board, also adopted by its successor the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board, to store this information on a database which is made accessible to the public. The database includes all accidents occurring since 1976.

Surely the imposition of these modest requirements on the insurer is not placing too great a burden on an insurer entering the field of aviation insurance in which the passengers will be the beneficiaries. In this case the insurers had within their own grasp information which would have provided a more accurate assessment of the risk entailed by the policy. At a minimum, the insurers should have scrutinized their own records before issuing the policy. They did not meet the standards required of an insurer operating in this field. Having failed in exercising the required standard of diligence, the insurers cannot escape liability to the passengers on the policy because the insured also failed in its duty.

I find some support for the position I have taken in *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 S.C.R. 549. There, Gonthier J. noted that while the duties imposed by the doctrine on the insured have frequently attracted comment, the corresponding obligations of the insurer have received less attention. In that case an insured did not give a report in its possession on the health risks posed by asbestos

sureur doit consulter ses propres dossiers relatifs au proposant. Il doit en outre examiner le dossier public des accidents du transporteur aérien.

a Le caractère fortement réglementé de l'industrie aéronautique fait que l'information sur les accidents est facilement accessible. Les organismes de réglementation recueillent des renseignements sur tous les incidents de ce genre, même quand ils décident de ne pas mener d'enquête. En 1984, une loi fédérale a créé le Bureau canadien de la sécurité aérienne. Aux termes des par. 3(1) et 5(3) du *Règlement sur le Bureau canadien de la sécurité aérienne* (DORS/84-929, modifié par DORS/87-642), tous les incidents doivent être signalés. Bien qu'aucune preuve n'ait été présentée sur ce point, le Bureau suivait apparemment la pratique salutare, qu'a également adoptée son successeur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports, consistant à emmagasiner ces renseignements sur une base de données accessible au public. La base de données comprend tous les accidents survenus depuis 1976.

e Les modestes exigences susmentionnées ne constituent certainement pas une charge excessive pour l'assureur qui se lance dans le domaine de l'assurance aviation, où les bénéficiaires sont les passagers. f En l'espèce, les assureurs détenaient eux-mêmes des renseignements qui leur auraient permis d'apprécier avec une plus grande exactitude le risque que comportait la police. À tout le moins, les assureurs auraient dû examiner leurs propres dossiers avant d'établir cette police. Ils n'ont pas satisfait aux normes que sont tenus de respecter les assureurs dans ce domaine. N'ayant pas fait preuve de la diligence requise, les assureurs ne sauraient se soustraire à la responsabilité envers les passagers que leur impose la police en invoquant le fait que l'assurée a elle aussi manqué à son obligation.

i Je crois que mon point de vue se trouve dans une certaine mesure étayé par l'arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549. Le juge Gonthier y fait remarquer que si les obligations correspondantes auxquelles le principe en question assujettit l'assuré ont fait l'objet de nombreux commentaires, on ne peut pas en dire autant des obligations correspondantes de l'assureur. Dans

to the insurer. At that time the dangers of asbestos were known in the industry. Gonthier J. commented (at pp. 619-20) that:

... the law will not forgive the insured its failure to disclose material facts unless the insurer knew of such facts (and here it clearly did not) or can be presumed to know because the matter is of the type that would be notorious to the reasonably competent underwriter. As stated earlier, an insurer which is underwriting risks in an industry for the first time will have to find ways to bring its knowledge up to the minimum level. It cannot simply rely on the insured and later place the blame on that insured for the gaps in knowledge of the risk. To do so would not be fraudulent, but it would certainly amount to bad faith.

. . .

Accordingly, it is in the interests of stability of such contracts that the insured be able to rely on the diligence and professionalism of the insurer so as to avoid having the insurance contract annulled on the basis of facts which were not disclosed but which should have been notorious to the insurer had it acquired the level of knowledge of a reasonably competent underwriter.

I believe that in the case at bar the information available in the files of the insurers and that available to the public concerning the accident record of Taku should be considered information that an insurer would be presumed to know. It is information that would readily become notorious to a reasonably competent underwriter working in the field of aviation. Thus the appellant insurers failed to meet the duty imposed by the *Canadian Indemnity* case.

The insurers failed to meet the relatively light and minimal duty of investigation of the accident record of the applicant for insurance that rests upon an insurer providing coverage for passengers. As a result of this finding it is not necessary, on the issue of the accident record, to consider the effect of the finding of Strayer J. that the Regulations set out ear-

cette affaire, l'assurée n'avait pas remis à l'assureur un rapport, qu'elle avait en sa possession, sur les risques pour la santé présentés par l'amianté. À cette époque, les dangers de l'amianté étaient connus dans l'industrie. Le juge Gonthier a dit (aux pp. 619 et 620):

... la loi ne soustrait pas l'assuré à l'obligation de déclarer les faits pertinents à moins que l'assureur ne connaisse ces faits (en l'espèce, il ne les connaissait certainement pas) ou qu'il puisse être présumé les connaître parce que la matière relève de celles qui seraient notoires pour un souscripteur raisonnablement compétent. Comme je l'ai déjà dit, un assureur qui assure contre des risques dans une industrie pour la première fois doit trouver des moyens de porter ses connaissances à un niveau minimal. Il ne peut tout bonnement pas s'en remettre à l'assuré et, par la suite, lui reprocher son ignorance du risque. Agir de la sorte ne serait pas frauduleux, mais équivaudrait certainement à de la mauvaise foi.

. . .

En conséquence, il y va de la stabilité de ces contrats que l'assuré puisse se fier à la diligence et au professionnalisme de l'assureur et ainsi éviter de voir le contrat d'assurance annulé en raison de faits qu'il n'a pas déclarés, mais qui auraient dû être notoires pour l'assureur s'il avait acquis le niveau de connaissance qu'un souscripteur raisonnablement compétent doit avoir.

Je crois qu'en l'espèce les renseignements existant dans les dossiers des assureurs et les renseignements accessibles au public concernant les accidents de Taku doivent être considérés comme étant de ceux qu'un assureur est présumé connaître. Ce sont des renseignements qui deviendraient facilement notoires pour un souscripteur raisonnablement compétent œuvrant dans le domaine de l'aviation. Il s'ensuit que les assureurs appelants ne se sont pas acquittés de l'obligation que leur impose l'arrêt *Canadian Indemnity*.

Les assureurs n'ont pas rempli l'obligation minimale et relativement légère, qui incombe à l'assureur fournissant une couverture au profit de passagers, de faire enquête sur les accidents de l'auteur d'une demande d'assurance. Vu cette conclusion, point n'est besoin d'examiner, relativement à la question des accidents, l'effet de la conclusion du juge Strayer

lier were invalid. No matter what the state of the Regulations the insurers cannot escape liability on the grounds that the insured failed to disclose its accident record.

The appropriate standard of diligence for an insurer operating in this field demands an independent investigation by the insurer of the accident record of the applicant before issuing a policy. The insurer should not be able to readily avoid this duty.

However, whether or not the case at bar comes within the purview of *Canadian Indemnity, supra*, the standard of inquiry I have recommended represents no more than a reasonable incremental change in the existing law. It has been said that one of the greatest attributes of the common law is its ability to change and to respond to new social pressures and the evolving requirements of the modern community. If that be so, then judge-made law should within appropriate limits advance with the times. Lord Mansfield could not have foreseen the statutorily required insurance policy which is under consideration in this case. He would not have conceived of public policy requiring protection for third parties (passengers) by an air carrier. In the circumstances it is I think appropriate to provide guidelines for those in the business of providing state-mandated insurance for passengers of air carriers. To that narrow extent it is I believe appropriate to vary slightly the position taken in 1766. It constitutes no more than a reasonable incremental change.

The Number of Passenger Seats

When the accident occurred the DHC-2 Beaver in question was equipped with five passenger seats. Taku, however, requested coverage for only four.

The question of the number of passengers to be covered by the policy raises very different considerations from those considered with regard to the accident record of a carrier. It is really only the owner who can be aware of the number of passengers to be carried. An owner might have determined that it

que les règlements reproduits plus haut sont invalides. Quoi que dise le Règlement, les assureurs ne sauraient échapper à leur responsabilité en invoquant l'omission de l'assurée de divulguer ses accidents.

La norme de diligence appropriée dans le cas d'un assureur qui exerce ses activités dans ce domaine exige qu'il procède à une enquête indépendante sur les accidents du proposant avant de lui délivrer une police. L'assureur ne devrait pas pouvoir se soustraire facilement à cette obligation.

Cependant, que l'arrêt *Canadian Indemnity*, précité, s'applique ou non à la présente affaire, la norme de vérification que je propose ne représente qu'un élargissement raisonnable de la portée de la règle de droit actuelle. On a dit que l'un des plus grands attributs de la common law est sa capacité de changer et de s'adapter aux nouvelles pressions sociales et à l'évolution des besoins de la collectivité moderne. Si c'est le cas, le droit prétorien devrait, dans des limites convenables, se mettre au diapason. Lord Mansfield n'aurait pas pu prévoir le genre de police d'assurance prescrite par une loi dont il s'agit en l'espèce. Il lui aurait été inconcevable que l'ordre public puisse nécessiter qu'un transporteur aérien offre une protection au profit de tiers (les passagers). D'après moi, il convient dans les circonstances d'établir des lignes directrices à l'intention de ceux dont les activités consistent à fournir au profit des passagers de transporteurs aériens une assurance prescrite par l'État. Dans cette mesure restreinte, je crois qu'il y a lieu de modifier légèrement la position prise en 1766. Il ne s'agit en fait de rien de plus qu'un élargissement raisonnable de portée.

Le nombre de sièges passagers

Lorsque l'accident est survenu, l'appareil DHC-2 Beaver en question était muni de cinq sièges passagers. Taku n'avait cependant demandé une assurance que pour quatre.

La question du nombre de passagers à être couverts par la police met en jeu des considérations bien différentes de celles étudiées relativement au dossier des accidents d'un transporteur. Seul le transporteur est vraiment en mesure de connaître le nombre de passagers qui seront transportés. Un propriétaire peut

would be more advantageous to carry additional cargo than a passenger. Only the owner can know that modifications to the seating configuration have been made and what the insurance requirements may be. Thus when Taku specifically sought coverage for only four passengers the insurers were entitled to rely upon this representation without further investigation. This is the very sort of information that Lord Mansfield described as being in the special and unique knowledge of the owner.

The load capacity of a particular airplane and the number of passengers to be carried is highly relevant information that is of critical importance to the insurer. It is essential information the insurer must have in order to assess the risk and set the premium. It is the owner that sets out the number of passengers to be covered. By requiring the insured to carry only the specific number of passengers declared in advance, the insurer is merely requesting the insured to operate the aircraft in compliance with the carrier's own specified requirements.

Only Taku would know of seating changes it might be making. It requested coverage for only four passenger seats. The insurer was entitled to rely on the representation of Taku. The insurer need not continuously monitor the number of passenger seats the insured provides in an aircraft as a result of changes made in the seating configuration. It is not a violation of the common law duty outlined above for an insurer to limit liability to coverage for the number of seats specifically requested by the carrier in applying for insurance.

I concur with my colleague Justice McLachlin that the contract term which limits liability to an agreed number of passenger seats is not affected by the Federal Court decision. The insured violated this term of the contract. Although the endorsement purported to amend the contract to bring it into accord with the Regulations, that amendment was subject to a clause contained in the Certificate of Insurance limiting liability to the declared number of passenger

avoir décidé en effet qu'il serait plus avantageux de transporter une cargaison supplémentaire plutôt qu'un passager. Il n'y a que le propriétaire qui sait que l'arrangement des places a été modifié et qui connaît ses besoins en assurance. Donc, quand Taku a expressément demandé une couverture pour quatre passagers seulement, les assureurs étaient en droit de se fier à cette déclaration sans faire d'enquête. C'est précisément là le genre de renseignements dont, selon la formule de lord Mansfield, seul le propriétaire a une connaissance particulière.

La charge utile d'un avion particulier et le nombre de passagers à transporter sont des renseignements très pertinents d'une importance critique pour l'assureur. Ce sont des renseignements essentiels que l'assureur doit posséder afin de pouvoir évaluer le risque et fixer la prime. Le nombre de passagers à couvrir est fixé par le propriétaire. En exigeant que l'assuré ne transporte que le nombre précis de passagers déclarés d'avance, l'assureur ne fait que lui demander d'exploiter l'aéronef en conformité avec les besoins stipulés par le transporteur lui-même.

Seule Taku pouvait être au courant des changements qu'elle était susceptible d'effectuer dans le nombre de sièges. Elle n'a demandé une assurance que pour quatre sièges passagers. L'assureur était en droit de se fier aux déclarations de Taku. Il n'est nullement tenu de vérifier continuellement le nombre de sièges passagers dans un aéronef de l'assurée à la suite de changements apportés à l'arrangement des places. Un assureur ne manque pas à l'obligation susmentionnée, que lui impose la common law, en limitant sa responsabilité à la couverture fournie pour le nombre de sièges expressément visés dans la demande d'assurance présentée par le transporteur.

Comme ma collègue le juge McLachlin, j'estime que la décision de la Cour fédérale n'a aucune incidence sur la condition du contrat qui limite la responsabilité à un nombre convenu de sièges passagers. L'assurée a violé cette condition du contrat. Quoique l'avenant ait été en principe destiné à modifier le contrat de manière à le rendre conforme au Règlement, cette modification était assujettie à une clause, contenue dans le certificat d'assurance, limitant la

seats. The contract is, therefore, void *ab initio* against Taku.

Although I have reached this conclusion I must add that I cannot concur in the reasoning of Gibbs J.A. accepted by my colleague. Gibbs J.A. found that the interpretation of the majority that the endorsement amended the contract to conform to the valid Regulations introduced a “commercial absurdity” into the policy. He took the position that it should be assumed that the parties intended the premium set between the insurer and insured to remain fixed regardless of how the risk might vary either as a result of a change in the Regulations at the “whim of a regulator” or by a decision of the court. I cannot accept this position. An insurer is always at “the whim” of a court’s decision. For example a court may be called upon to give an interpretation of a policy or a statute which affects the position of the insurer. Nonetheless, the insurer must accept the risk of a court’s interpretation as an aspect of doing business. The effects of a court decision are as binding upon an insurer as on any other member of the community who may be affected by an interpretation of a statute, a regulation, or a contract clause.

The conclusion that either amendments or the passage of new Regulations would lead to “commercial absurdity” for an insurer may also be discounted. The drafters themselves recognized the possibility that additional liabilities might arise through the endorsement. This recognition is evident from clause 3 which provides that the insured is responsible to indemnify the insurer for any liabilities incurred by the endorsement. The contracting parties acknowledged and accepted this risk of amendment or change in the Regulations by the terms of the contract of insurance.

In any event, a company insuring an air carrier must be aware it is entering one of the most highly regulated commercial fields. The Regulations are not passed on the “whim” of the regulator but usually respond to needs and requirements for the safety of

responsabilité au nombre déclaré de sièges passagers. Le contrat est en conséquence nul *ab initio* en ce qui concerne Taku.

Malgré cette conclusion, je me dois d’ajouter que je ne puis souscrire au raisonnement du juge Gibbs de la Cour d’appel qu’a accepté ma collègue. Le juge Gibbs a conclu que l’interprétation de la majorité, selon laquelle l’avenant modifiait le contrat pour qu’il soit conforme au Règlement valide, introduisait dans la police d’assurance une [TRADUCTION] «absurdité commerciale». Il fallait, d’après lui, supposer que les parties ont voulu que la prime convenue entre l’assureur et l’assurée reste fixe indépendamment de toute variation possible du risque soit par suite d’une modification du Règlement résultant d’un [TRADUCTION] «caprice de l’organisme de réglementation», soit en raison d’une décision judiciaire. Je ne puis retenir ce point de vue. L’assureur est toujours soumis au «caprice» exprimé dans la décision d’un tribunal. Par exemple, un tribunal peut être appelé à interpréter une police ou une loi qui a des répercussions sur la situation de l’assureur. L’assureur doit néanmoins accepter comme faisant partie des affaires le risque inhérent à une telle interprétation. Une décision judiciaire lie un assureur au même titre que n’importe quel autre membre de la collectivité qui peut être touché par une interprétation d’une loi, d’un règlement ou d’une clause d’un contrat.

Peut être écartée également la conclusion que la modification du Règlement ou la prise d’un règlement nouveau conduirait à «l’absurdité commerciale» pour un assureur. Les rédacteurs du contrat ont eux-mêmes reconnu la possibilité que l’avenant fasse naître de nouvelles responsabilités. Cette reconnaissance se dégage nettement de la clause 3, qui porte que l’assurée est tenue d’indemniser l’assureur de toute responsabilité résultant de l’avenant. Aux termes du contrat d’assurance, les parties contractantes reconnaissaient et acceptaient ce risque de modification du Règlement ou de changement dans la réglementation.

Quoi qu’il en soit, une compagnie qui assure un transporteur aérien doit savoir qu’elle entre dans un domaine commercial des plus fortement réglementés. Loin d’être fonction d’un «caprice» de l’organisme de réglementation, les règlements répondent habituel-

those flying. The amending of Regulations or the passage of new Regulations is as much a risk of doing business in this field as a court's interpretation of a policy. It must not be forgotten that the insurer drafts the contract. It is the insurer that can make provisions to limit or exclude its liability in case of changed circumstances.

The respondents' statutory right of action is subject to any defence the insurer has against Taku according to the provisions of the *Insurance Act*, s. 26(1). The insurer could defend any claim brought by either Taku or the blameless passengers on this basis. The appellants, therefore, must succeed. The result is unfortunate and makes the Regulations meaningless from the point of view of the passengers. The passengers are at risk. They will remain at risk until either the B.C. *Insurance Act* or the Regulations are amended; there is no alternative to this result.

The Current Regulation

In response to the Federal Court ruling on the validity of s. 20.3(3)(b) the regulators have added to those exclusions allowed (see *Air Transportation Regulations*, SOR/88-58, s. 7). The relevant subsections now read:

7...

(3) No air carrier shall take out liability insurance to comply with subsection (1) that contains an exclusion or waiver provision reducing insurance coverage for any incident below the applicable minima determined pursuant to that subsection, unless that provision

(d) is to the effect that the entire policy shall be void if the air carrier has concealed or misrepresented any material fact or circumstance concerning the insurance or the subject thereof or if there has been any fraud, attempted fraud or false statement by the air

lement à des besoins et exigences liés à la sécurité des passagers à bord d'aéronefs. La modification du Règlement ou la prise d'un règlement nouveau constitue un risque inhérent à l'exploitation d'une entreprise dans ce domaine autant que peut l'être l'interprétation donnée par un tribunal à une police. Il ne faut pas oublier que c'est l'assureur qui dresse le contrat. C'est l'assureur qui peut stipuler la limitation ou l'exclusion de sa responsabilité advenant de nouvelles circonstances.

Les intimés jouissent de par la loi d'un droit d'exercer des poursuites sous réserve de tout moyen de défense que l'assureur peut faire valoir contre Taku suivant le par. 26(1) de l'*Insurance Act*. L'assureur pourrait sur ce fondement opposer un moyen de défense à toute action intentée soit par Taku, soit par les passagers innocents. Les appelantes doivent en conséquence obtenir gain de cause. Ce résultat est désolant et, du point de vue des passagers, vide le Règlement de tout son sens. Les passagers sont exposés à un risque. Ils le demeureront jusqu'à ce que soient modifiés l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique ou le Règlement. Il n'y a donc pas d'autre issue possible.

Le règlement actuel

Par suite de la décision de la Cour fédérale concernant la validité de l'al. 20.3(3)b), l'organisme de réglementation a augmenté le nombre des exclusions permises (voir *Règlement sur les transports aériens*, DORS/88-58, art. 7). Les dispositions pertinentes portent actuellement:

7...

(3) Il est interdit à un transporteur aérien de souscrire, pour se conformer au paragraphe (1), une assurance responsabilité comportant une clause d'exclusion ou de renonciation qui réduit l'étendue des risques assurés pour un sinistre en deçà des montants minimaux prévus à ce paragraphe, sauf si cette clause, selon le cas:

d) précise que la police devient nulle si le transporteur aérien a caché ou faussé un fait matériel ou une circonstance concernant l'assurance ou le sujet assuré, ou s'il y a eu fraude, tentative de fraude ou fausse déclaration de la part du transporteur aérien relative-

carrier touching any matter relating to the insurance or the subject thereof, whether before or after a loss.

The regulators did not see fit to allow an exclusion similar to the clause in this contract which restricts the number of passengers covered. It appears, however, that any deception by the insured as to the number of seats in use in the aircraft would be caught by s. 7(3)(d).

The existing regulatory scheme, like the earlier one, appears on the surface to fulfil the goal of protecting the recovery rights of passengers and their families. In effect, however, the exclusions may well make the protection illusory. The present Regulations continue to discourage investigation and disclosure. I would simply observe that this may again create a tragic situation for passengers. As third parties they have no way of knowing whether the carrier has dealt honestly and completely with the insurer. Furthermore, passengers will not be aware of how many seats the carrier has actually insured. Until either the Regulations or the B.C. *Insurance Act* are amended the potential for tragedy will continue. In the meantime as a minimal protection of the flying public it would be more appropriate for the Regulations to require the carriers flying smaller aircrafts to post notices informing passengers of the number of seats approved for insurance purposes. This is a practice that is often required for other carrying devices from elevators to buses. It would provide more protection for passengers than the present Regulations.

Costs

I agree with the disposition of costs proposed by my colleague McLachlin J. except that I would order the appellants to pay the costs of the respondents before this Court as well as the courts below.

Meredith J. awarded costs to the respondents at trial. The Court of Appeal also awarded costs at trial and on appeal at an increased scale because of the

ment à toute question se rapportant à l'assurance ou au sujet assuré, que ce soit avant ou après une perte.

L'organisme de réglementation n'a pas jugé bon de permettre une exclusion semblable à la clause du contrat en cause portant restriction du nombre de passagers couverts. Il semble toutefois que toute tromperie par l'assurée quant au nombre de sièges utilisés dans l'aéronef relèverait de l'al. 7(3)d).

Le régime actuel de réglementation, comme le régime antérieur, paraît à première vue atteindre le but de la protection des droits de recouvrement des passagers et de leurs familles. Il se peut bien toutefois qu'en réalité les exclusions rendent cette protection illusoire. Le Règlement actuellement en vigueur continue à décourager les vérifications et la divulgation de renseignements. Je fais simplement remarquer que cela risque encore une fois de créer une situation tragique pour les passagers. En tant que tierces personnes ces derniers ne sont nullement en mesure de savoir si le transporteur a été honnête et parfaitement franc envers l'assureur. En outre, les passagers ignorent combien de sièges le transporteur a en fait assurés. Tant que le Règlement ou l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique n'auront pas été modifiés la possibilité d'une tragédie subsistera. Entre-temps, pour garantir aux passagers des transporteurs aériens une protection minimale, il conviendrait davantage que le Règlement exige des transporteurs se servant de petits appareils qu'ils affichent des avis informant les passagers du nombre de sièges approuvés aux fins d'assurance. C'est une exigence souvent posée à l'égard d'autres moyens de déplacement, à partir des ascenseurs jusqu'aux autobus, et elle assurerait aux passagers une meilleure protection que le règlement actuel.

Les dépens

Je souscris à l'adjudication des dépens proposée par ma collègue le juge McLachlin à cette exception près que j'ordonnerais aux appelantes de payer les dépens des intimés en notre Cour ainsi que devant les juridictions inférieures.

En première instance, le juge Meredith a adjugé les dépens aux intimés. La Cour d'appel a également adjugé aux intimés leurs dépens en première instance

difficulty of the issue and the significance of its resolution to the aviation industry. The courts below exercised their discretion judicially in this matter and this Court should not alter the results.

The conduct of the insurers in this transaction supports an award of costs to the respondents. The appellants voluntarily entered into a highly regulated field. They drafted the contract with a firm grasp of the applicable Regulations. As evidence of this they were instrumental in gaining approval for conditions to this policy which, in the event, circumvented a minimum requirement of insurance per passenger seat envisaged by the Regulations.

The insurers failed to take the simple step of examining their own files for a record of Taku before issuing the policy. This lapse occurred despite the fact that the name "rang a bell" with an employee involved in the transaction.

The families legitimately pursued this litigation. As third parties to the contract they did not have first-hand knowledge of the circumstances of its negotiation. In initiating the action they could reasonably have hoped to succeed in proving that the insurers did know of the prior history of Taku when issuing the policy and that in fact there was no misrepresentation.

Finally, the appellants applied for leave and obtained it on the basis of the importance of the issue to the insurance industry. This Court has previously awarded costs to a private individual in such circumstances in *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374. The case at bar is significant to the insurance industry but there is no reason to require the unfortunate victims of an air disaster to pay the appellants' costs or indeed to be deprived of their own costs. They are the victims of an inadequate regulatory scheme. The insurers are not innocent parties on whom a fraud was perpetrated but rather companies that were so

et en appel, mais selon un barème plus élevé en raison de la difficulté de la question en litige et à cause de l'importance que revêtait la réponse pour l'industrie aéronautique. Les tribunaux d'instance inférieure ont exercé de manière judiciaire leur pouvoir discrétionnaire à cet égard et il ne convient pas que notre Cour touche à leur décision.

La conduite des assureurs dans l'opération en cause justifie l'adjudication des dépens aux intimés. Les appelantes sont entrées volontairement dans un domaine fortement réglementé. C'est avec une solide connaissance du règlement applicable qu'elles ont dressé le contrat. La preuve en est que ce sont elles qui ont fait approuver pour la police en cause des conditions qui ont permis dans les faits de contourner l'exigence, posée par le Règlement, d'une assurance minimale pour chaque siège passager.

Les assureurs ont omis de prendre la simple mesure d'examiner leurs propres dossiers pour se renseigner sur Taku avant d'établir la police. Cette omission a eu lieu en dépit du fait que le nom de Taku «disait quelque chose» à un employé qui participait à l'opération.

Les familles ont légitimement exercé les présentes poursuites. En tant que tiers touchés par le contrat elles ne connaissaient pas de première main les circonstances de sa négociation. Quand l'action a été intentée, elles ont raisonnablement pu espérer parvenir à prouver que les assureurs connaissaient bel et bien les antécédents de Taku quand ils ont établi la police et qu'en fait il n'y avait pas eu de fausse déclaration.

Enfin, c'est en raison de l'importance de la question en litige pour l'industrie des assurances que les appelantes ont demandé, et obtenu, l'autorisation de pourvoi. Dans l'arrêt *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, notre Cour a déjà adjugé les dépens à un particulier dans de telles circonstances. La présente espèce revêt certes de l'importance pour l'industrie des assurances, mais il n'y a aucune raison d'exiger que les malheureuses victimes d'un désastre aérien paient les dépens des appelantes ou qu'elles soient même privées des leurs. Elles sont victimes d'une réglementation inadéquate. Les assureurs ne

eager for a premium they failed even to examine their own records.

Disposition

I would allow the appeal and dismiss the action but for reasons different from those expressed by Gibbs J.A. and my colleague McLachlin J. The respondents should have their costs throughout including the costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Justices McLachlin and Cory in this matter and agree that the appeal should be allowed. As to how I arrive at that conclusion and as to the disposition of costs, I concur with the reasons of McLachlin J. While I would otherwise be drawn to the general approach of Cory J., the legislative context of this appeal prevents me from agreeing with his analysis.

Cory J. focuses his reasons on the protection of the flying public through the legislative imposition of public liability aviation insurance. While this is undoubtedly a laudable goal, I draw different conclusions than Cory J. from the extensive regulation and mandatory insurance provisions involved in air carrier licensing. The legislation in issue in this appeal explicitly regulates the attributes of insurance an air carrier must hold in order to be licensed. It provides not only the amount of insurance that must be carried but also provides the terms under which the contract of insurance can be avoided. At the time of contracting and at the present time, the regulators have seen fit to allow the contracting parties to put the ultimate risk of material concealment and misrepresentation on the flying public and not on the insurer. The current Regulation states that the parties are free to contract in regard to an exclusion clause:

sont pas les innocentes victimes d'une fraude mais bien des compagnies tellement âpres à toucher une prime qu'elles n'ont même pas examiné leurs propres dossiers.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action, mais pour des motifs différents de ceux exposés par le juge Gibbs de la Cour d'appel et par ma collègue le juge McLachlin. Les intimés devraient se faire adjuger leurs dépens à tous les paliers, y compris en notre Cour.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs des juges McLachlin et Cory en l'espèce et je suis d'accord que le pourvoi devrait être accueilli. Quant à la manière par laquelle j'arrive à cette conclusion et quant aux dépens, je fais miens les motifs du juge McLachlin. Bien que, autrement, je sois porté à adopter la position générale du juge Cory, le contexte législatif du présent pourvoi m'empêche de souscrire à son analyse.

Dans ses motifs, le juge Cory met l'accent sur la protection des passagers d'un transporteur aérien par l'imposition d'une assurance de responsabilité civile aéronautique. Bien qu'il s'agisse, sans aucun doute, d'un objectif louable, les nombreux règlements et dispositions en matière d'assurance obligatoire qui régissent l'attribution de permis de transporteur aérien m'amènent à tirer des conclusions différentes de celles du juge Cory. La législation visée dans le présent pourvoi régit de façon explicite les assurances qu'un transporteur aérien doit souscrire afin d'obtenir un permis. Elle prévoit non seulement le montant de l'assurance qui doit être souscrit, mais également les modalités en vertu desquelles il est possible de se soustraire au contrat d'assurance. Au moment du contrat et actuellement, l'organisme de réglementation a jugé bon de permettre aux parties contractantes de faire supporter aux passagers à bord d'aéronefs et non à l'assureur le risque ultime que représentent la non-divulgaration d'un fait substantiel ou des fausses déclarations. Le règlement actuel prévoit que les parties sont libres de conclure un contrat relativement à une clause d'exclusion:

... to the effect that the entire policy shall be void if the air carrier has concealed or misrepresented any material fact or circumstance concerning the insurance or the subject thereof or if there has been any ... false statement by the air carrier touching any matter relating to the insurance or the subject thereof ... [Air Transportation Regulations, SOR/88-58, s. 7(3)(d)].

While I may not agree that the public is the proper risk bearer, it is an inevitable consequence of the ability to include material concealment and misrepresentation exclusions in aviation insurance contracts. The insurer therefore has the statutory ability to contract out of any risk investigation and place the risk of material concealment or misrepresentation on the insured and thus ultimately on the flying public.

The Canadian Transport Commission (the "C.T.C.") (now the National Transportation Agency) is the regulator in this field. It is a specialized body whose sole duty is to regulate transportation. It has a mandate to balance the needs of the public and the transportation industry together with the diversity of transportation problems presented by this vast country. Such is a task for which this Court is ill-equipped. If, as is the case on this issue, the C.T.C. has made a decision, it is not for this Court to circumvent that decision under the guise of a "reasonable incremental change". It does no good to alter the law of contract between insurers and insured simply to respond to an unsympathetic set of facts. In such a heavily regulated environment a decision as to whether an insurer should be required to conduct an independent investigation of the accident record of an insured before issuing a policy, as is required by Cory J., is a policy decision for the C.T.C. to make and not this Court. Such a requirement will inevitably raise transaction costs and thus insurance premiums. As well, the insurance industry may decide to refuse to insure small carriers due to the costs of investigation; this would prevent the carrier from operating. It should also be noted that s. 3 of the then *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, declared that one of the principles of Canada's national transportation policy was that "an economic, efficient and adequate transportation system ... at the lowest total

... précise que la police devient nulle si le transporteur aérien a caché ou faussé un fait matériel ou une circonstance concernant l'assurance ou le sujet assuré, ou s'il y a eu [...] fausse déclaration de la part du transporteur aérien relativement à toute question se rapportant à l'assurance ou au sujet assuré ... [Règlement sur les transports aériens, DORS/88-58, al. 7(3)d)].

Bien que je puisse ne pas être d'accord que le public doive à bon droit supporter le risque, cela est une conséquence inévitable de la possibilité d'inclure dans les contrats d'assurance aéronautique des exclusions visant le fait de cacher ou de fausser des faits substantiels. Par conséquent, l'assureur peut, aux termes de la loi, stipuler qu'il n'est pas soumis à l'obligation de faire une enquête sur le risque et faire incomber à l'assuré et donc en fin de compte aux passagers du transporteur aérien le risque que des faits substantiels soient cachés ou faussés.

La Commission canadienne des transports (la «CCT») (maintenant l'Office national des transports) réglemente ce domaine. Il s'agit d'un organisme spécialisé dont la seule fonction est de réglementer le transport. Elle a le mandat d'évaluer les besoins du public et des transporteurs en tenant compte de la diversité des problèmes de transport qui se posent dans notre vaste pays. Notre Cour n'a pas les ressources nécessaires pour s'acquitter de cette tâche. Si, comme c'est le cas en l'espèce, la CCT a rendu une décision, il ne revient pas à notre Cour de contourner cette décision sous le couvert d'un «élargissement raisonnable de portée». Il n'est pas bon de modifier le droit des contrats entre les assureurs et les assurés simplement pour tenir compte d'une série de faits défavorables. Dans un domaine aussi fortement réglementé, la décision de savoir si un assureur devrait être tenu de mener une enquête indépendante sur le dossier des accidents d'un assuré avant de délivrer une police, comme l'exige le juge Cory, est une décision de principe qui incombe à la CCT et non à notre Cour. Une telle exigence augmentera inévitablement les coûts de l'opération et, par conséquent, les primes d'assurance. En outre, les assureurs peuvent décider de refuser d'assurer les petits transporteurs aériens en raison des coûts que représentent les enquêtes; ce qui empêcherait le transporteur aérien d'exploiter son entreprise. Il convient également de souligner que l'art. 3 de la *Loi nationale sur les*

cost [was] essential to protect the interests of the users of transportation” (emphasis added). A similar declaration is made in s. 3 of the current legislation (S.C. 1987, c. 34). Finally, the purpose of the data kept by the various aviation safety boards is not to provide data for the insurance industry but to assist in the prevention of future accidents. Should such data be incorrect or incomplete, the resulting errors should not be borne by the insurance industry. All of these issues are complex and multifaceted; they are also issues upon which this Court has no evidence to determine the appropriate balance that should be struck but which the C.T.C. was specifically set up to investigate and consider. We did not have the benefit of submissions from the C.T.C. as to what motivated its decision. We do not know, therefore, how shifting the duty of disclosure would affect the industry. For these reasons I feel that the “reasonable incremental change” as proposed by Cory J. is inappropriate for the Court to impose on the insurance industry.

The trial judge found that the prior accident record of Taku was not within the knowledge of the insurers. He also rejected any imputed knowledge on the part of the insurers. He specifically concluded that the insurers “are not to be taken to have been aware of the facts concealed or misrepresented either by virtue of the contents of [their] own files or by virtue of such information that there may have been in the hands of [their broker]” (37 C.C.L.I. 271, at p. 278). Thus the accident record of the insured was not a notorious fact that should have been known to a competent insurer but was particularly within the personal knowledge of the insured. The doctrine of *uberrima fides*, therefore, does not help the insured. The reliance of Cory J. on *Canadian Indemnity Co. v. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 S.C.R. 549, at pp. 619-20, to support a duty of investigation by the insurer is somewhat misplaced as that case prima-

transports d’alors, S.R.C. 1970, ch. N-17, prévoyait que l’un des principes de la politique nationale du Canada en matière de transport était «qu’un système économique, efficace et adéquat de transport [. . .] au prix de revient global le plus bas [était] essentiel à la protection des intérêts des usagers des moyens de transport» (je souligne). Une déclaration semblable figure à l’art. 3 de la loi actuelle (S.C. 1987, ch. 34). Enfin, les données recueillies par les divers bureaux de la sécurité des transports aériens n’ont pas pour but de fournir des renseignements à l’industrie de l’assurance mais d’aider à prévenir les accidents. Si ces données sont incorrectes ou incomplètes, l’industrie de l’assurance ne devrait pas être responsable des erreurs susceptibles d’en résulter. Toutes ces questions sont complexes et comportent un grand nombre d’aspects; il s’agit également de questions à l’égard desquelles notre Cour ne dispose d’aucun élément de preuve pour déterminer le juste équilibre auquel on devrait parvenir; la CCT a précisément été constituée pour examiner et étudier ces questions. Nous n’avons pas eu l’avantage d’entendre les arguments de la CCT sur ce qui avait motivé sa décision. Par conséquent, nous ne savons pas quel effet aurait pour l’industrie l’inversion de l’obligation de divulgation. Pour ces motifs, je suis d’avis qu’il n’est pas opportun que la Cour impose à l’industrie de l’assurance l’«élargissement raisonnable de portée» que propose le juge Cory.

Le juge du procès a conclu que les assureurs n’étaient pas au courant du dossier des accidents de Taku. Il a également rejeté toute connaissance présumée de la part des assureurs. Il a précisément conclu que les assureurs [TRADUCTION] «ne doivent pas être présumés avoir été au courant des faits cachés ou faussés soit par le contenu de [leur] propre dossier ou par les renseignements dont aurait pu disposer [leur courtier]» (37 C.C.L.I. 271, à la p. 278). Le dossier des accidents de l’assuré ne constituait pas un fait notoire qu’un assureur compétent aurait dû connaître mais relevait particulièrement de la connaissance personnelle de l’assuré. En conséquence, la théorie de l’*uberrima fides* n’aide pas l’assuré. Le fait que le juge Cory se soit fondé sur l’arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Canadian Johns-Manville Co.*, [1990] 2 R.C.S. 549, aux pp. 619 et 620, pour étayer une obligation d’enquête de l’assureur n’a pas tout à fait

rily involved the interpretation of provisions provided in the Quebec *Civil Code*. Statutes in other provinces have left it to the parties to contract in regard to the allocation of the duty to investigate in the insurance context. Even so, Gonthier J. makes it clear in *Canadian Indemnity*, *supra*, that “the law will not forgive the insured its failure to disclose material facts unless the insurer knew of such facts . . . or can be presumed to know” (p. 619). The trial judge in this case clearly finds that the insurer did not know and cannot be presumed to have known the accident record of the insured. The failure of an insurer to investigate a risk should not, by itself, deprive the insurer of the right to avoid the contract on the basis of a failure by the insured to disclose material facts. In *Ford v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1991] 1 S.C.R. 136, Cory J., speaking for the Court, agreed with the minority reasons of Philp J.A. in the Manitoba Court of Appeal which provided that:

A contract of insurance is **uberrima fides**; utmost good faith must be observed by both parties. It has been said that the relationship between an insurer and an insured is one in which the insurer knows nothing of the risk to be undertaken, and the insured knows everything. From this relationship arises the obligation of the insured to disclose all material facts so that the risk the insurer undertakes will be the risk he intends to undertake.

This fundamental principle of insurance law has been applied by the courts for over 200 years. . . .

This is the principle that DeGraves, J., applied in arriving at his conclusion that Ford failed to make full disclosure of all material facts, and that, therefore, his policies of insurance were void. [(1989), 62 Man. R. (2d) 244, at p. 249.]

As the C.T.C. and the legislation at issue in this case allow the parties to contract freely in relation to the allocation of the risk of material concealment and misrepresentations (and hence the duty to investigate risks), I see no reason to interfere with that freedom just because I might have decided the issue differently. It is the duty of the regulators to decide who can and who cannot bear such risks. The regulators

sa place parce que cet arrêt portait principalement sur l’interprétation de dispositions du *Code civil* du Québec. Selon les lois d’autres provinces, il revient aux parties de conclure un contrat relativement à l’attribution de l’obligation de mener une enquête dans le contexte de l’assurance. Qui plus est, le juge Gonthier dit clairement dans l’arrêt *Canadian Indemnity*, précité, que «la loi ne soustrait pas l’assuré à l’obligation de déclarer les faits pertinents à moins que l’assureur ne connaisse ces faits [. . .] ou qu’il puisse être présumé les connaître» (à la p. 619). Le juge du procès en l’espèce a clairement conclu que l’assureur ne connaissait pas le dossier des accidents de l’assuré et ne pouvait pas être présumé le connaître. L’omission d’un assureur de mener une enquête sur un risque ne devrait pas, en soi, le priver du droit de se soustraire au contrat sur le fondement d’une omission de l’assuré de divulguer des faits substantiels. Dans l’arrêt *Ford c. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1991] 1 R.C.S. 136, le juge Cory, au nom de la Cour, a souscrit aux motifs minoritaires du juge Philp de la Cour d’appel du Manitoba:

[TRADUCTION] Un contrat d’assurance est **uberrima fides**; les deux parties sont astreints à la bonne foi la plus totale. On a dit que le rapport entre un assureur et un assuré est celui dans lequel l’assureur ne sait rien du risque qui doit être pris et l’assuré sait tout. De ce rapport découle l’obligation de l’assuré de divulguer tous les faits substantiels de manière que le risque que l’assureur prend sera celui qu’il a l’intention de prendre.

Les tribunaux appliquent ce principe fondamental du droit des assurances depuis plus de 200 ans . . .

C’est le principe que le juge DeGraves a appliqué lorsqu’il a conclu que Ford n’avait pas divulgué tous les faits substantiels et que, par conséquent, ses polices d’assurance étaient nulles. [(1989), 62 Man. R. (2d) 244, à la p. 249.]

Étant donné que la CCT et les textes législatifs visés en l’espèce permettent aux parties de conclure un contrat librement en ce qui a trait à l’attribution du risque que représente le fait de cacher et de fausser des faits substantiels (et donc l’obligation de mener une enquête sur les risques), je ne vois aucun motif de modifier cette liberté simplement parce que j’aurais pu trancher la question différemment. Il incombe

have spoken and it is not for this Court to undermine that decision.

The reasons of McLachlin and Stevenson JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I would allow this appeal largely for the reasons enunciated by Gibbs J.A. in the Court of Appeal (1990), 48 B.C.L.R. (2d) 222, except for his ruling on costs.

In my view, Gibbs J.A. correctly concluded that the rights of the claimant families are grounded in the contract of insurance between Taku and the insurers (Coronation and Eagle Star), which cannot be taken to have been altered by the ruling in the Federal Court: *Florence v. Air Transport Committee* (1988), 34 Admin. L.R. 36. That contract excluded the liability for which the families contend.

As Gibbs J.A. observed in his reasons, the families' claim against the insurers is based on the statutory right to sue found in s. 26 of the British Columbia *Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 200. That section provides:

26. (1) Where a person incurs liability for injury or damage to the person and property of another, and is insured against that liability, and fails to satisfy a judgment awarding damages against him in respect of that liability, and an execution against him in respect of it is returned unsatisfied, the person entitled to the damages may recover by action against the insurer the amount of the judgment up to the face value of the policy, but subject to the same equities as the insurer would have if the judgment had been satisfied. [Emphasis added.]

Counsel for the families concedes that under the contract Taku could not succeed against the insurer because of its misrepresentations. Since the families' right to sue is subject to the same equities as the

aux organismes de réglementation de déterminer qui peut et qui ne peut pas supporter de tels risques. L'organisme de réglementation a rendu sa décision et il n'appartient pas à notre Cour de la modifier.

Version française des motifs des juges McLachlin et Stevenson rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi essentiellement pour les motifs exposés par le juge Gibbs de la Cour d'appel (1990), 48 B.C.L.R. (2d) 222. Ma décision diffère toutefois de la sienne sur la question des dépens.

À mon avis, c'est avec raison que le juge Gibbs a conclu que les droits des familles demandant l'indemnisation reposent sur le contrat d'assurance intervenu entre Taku et les assureurs (*Coronation et Eagle Star*), lequel ne saurait être considéré comme ayant été modifié par la décision rendue par la Cour fédérale: *Florence c. Comité des transports aériens* (1988), 34 Admin. L.R. 36. Or, ce contrat exclut la responsabilité pour laquelle plaident les familles.

Ainsi que le fait remarquer le juge Gibbs dans ses motifs, l'action des familles contre les assureurs est fondée sur le droit de poursuivre prévu à l'art. 26 de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 200, qui prévoit:

[TRADUCTION] 26. (1) Lorsqu'une personne voit engager sa responsabilité pour des lésions corporelles ou un préjudice matériel causés à une autre personne, qu'elle est assurée contre cette responsabilité, qu'elle ne s'acquitte pas des dommages-intérêts auxquels elle a été condamnée par suite de cette responsabilité et que la saisie-exécution s'avère infructueuse, la personne ayant droit aux dommages-intérêts peut se faire dédommager en intentant contre l'assureur une action en paiement du montant des dommages-intérêts jusqu'à concurrence de la valeur nominale de la police, sous réserve toutefois des droits en equity dont l'assureur aurait pu se prévaloir si la somme adjugée avait été payée. [Je souligne.]

L'avocat des familles reconnaît que, aux termes du contrat, Taku ne pouvait obtenir gain de cause contre les assureurs en raison des déclarations inexactes qu'elle avait faites. Comme le droit des familles d'exercer des poursuites est assujéti aux mêmes droits en *equity* que ceux que les assureurs pouvaient

insurers could assert against Taku, it follows that the families cannot succeed.

The Court of Appeal was faced with an argument that a tort action by a third party against an insurer should be recognized, as it purportedly has been in some cases in California. This particular issue was not urged before this Court, and I therefore make no comment on that part of Gibbs J.A.'s reasons.

I would not depart from the trial judge's conclusion that the plaintiffs should bear the costs of the proceedings at trial, and would extend this to the appeal below. Each party should bear its own costs of appeal to this Court.

I would allow the appeal.

Appeal allowed with costs to respondents.

Solicitors for the appellants: Lane, Allen, Toronto; Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitors for the respondents Florence: Ladner, Downs, Vancouver.

Solicitors for the respondents Passarell: Lauk & Associates, Vancouver.

faire valoir à l'endroit de Taku, il s'ensuit que les familles doivent être déboutées.

On a soutenu en Cour d'appel qu'il devrait être permis à un tiers d'intenter une action délictuelle contre un assureur, comme cela semble avoir été fait dans certaines causes en Californie. Ce point n'ayant toutefois pas été soulevé devant nous, je ne me prononce pas sur cet aspect des motifs du juge Gibbs.

Je souscris à la conclusion du premier juge que les demandeurs devraient supporter les dépens en première instance et je suis d'avis qu'il devrait en être de même pour les procédures en Cour d'appel. Chaque partie devrait supporter elle-même les dépens entraînés par le pourvoi devant notre Cour.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens en faveur des intimés.

Procureurs des appelantes: Lane, Allen, Toronto; Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureurs des intimés Florence: Ladner, Downs, Vancouver.

Procureurs des intimés Passarell: Lauk & Associates, Vancouver.

Pasquale Salituro *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SALITURO

File No.: 22049.

1991: June 26; 1991: November 28.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Criminal law — Evidence — Witnesses — Competency — Spouses — Husband charged with using forged document after forging wife's name on cheque and cashing it — Spouses separated without any reasonable possibility of reconciliation — Whether wife of accused competent witness for prosecution — Whether appropriate case for court to change common law rule of spousal incompetence.

The accused was charged with using a forged document contrary to s. 368 of the *Criminal Code*. He had signed his wife's name on a cheque payable to them jointly and cashed it. At trial, the accused testified that he had his wife's authority to do this. The accused's wife, testifying for the Crown, denied giving him such authority. The trial judge accepted her evidence and convicted the accused. At the time of the offence, the accused and his wife were separated without any reasonable possibility of reconciliation. The majority of the Court of Appeal affirmed the conviction. This appeal raises only one question: is there a common law exception to the rule against spousal competence for spouses who are separated without any reasonable possibility of reconciliation?

Held: The appeal should be dismissed.

While complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature, judges can and should make incremental changes to the common law to bring legal rules into step with a changing society when it is appropriate to do so. Since the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, judges also have a duty to see that the common law develops in

Pasquale Salituro *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SALITURO

N° du greffe: 22049.

^b 1991: 26 juin; 1991: 28 novembre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Témoins — Habilité — Conjoints — Mari accusé d'avoir utilisé un document contrefait après avoir imité la signature de son épouse sur un chèque et l'avoir encaissé — Conjoints séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation — L'épouse de l'accusé est-elle habile à témoigner pour la poursuite? — Cette affaire se prête-t-elle à un changement par la cour de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner?

L'accusé a été inculpé d'avoir utilisé un document contrefait en contravention de l'art. 368 du *Code criminel*. Il avait signé le nom de sa femme sur un chèque payable aux deux époux conjointement et l'avait encaissé. Au procès, l'accusé a témoigné qu'il avait agi avec l'autorisation de sa femme. Cette dernière, qui a témoigné pour le ministère public, a nié lui avoir donné son autorisation. Le juge du procès a accepté le témoignage de l'épouse et a déclaré l'accusé coupable. Au moment de l'infraction, l'accusé et son épouse étaient séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation. La Cour d'appel a confirmé, à la majorité, la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève une seule question: y a-t-il, en common law, une exception à la règle de l'inhabilité des conjoints à témoigner, lorsque ceux-ci sont séparés sans qu'existent de possibilités raisonnables de réconciliation?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

ⁱ S'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les juges peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux lorsqu'il est opportun de le faire. Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les juges ont également le devoir de

accordance with the values of the *Charter*. Where the principles underlying a common law rule are out of step with *Charter* values, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the rule so as to make it consistent with such values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action, then the rule ought to be changed. This is an appropriate case for a court to change the common law rule in order to make spouses who are irreconcilably separated competent witnesses for the prosecution.

It is apparent from an examination of the history of the rule making a spouse an incompetent witness for the prosecution that any policy justification which may at one time have existed in support of the rule, including the preservation of marital harmony, has now disappeared in the case of divorced or irreconcilably separated spouses. The rule, which followed naturally from the legal position of the wife at the time, reflects a view of the role of women which is not compatible with the importance now given to sexual equality. In particular, the rule making an irreconcilably separated spouse an incompetent witness is inconsistent with the values enshrined in the *Charter*. The common law rule of spousal incompetence involves a conflict between the capacity of the individual to testify and the interests of society in preserving the marriage bond. Where spouses are irreconcilably separated, there is no marriage bond to protect. To give paramountcy to the marriage bond over the interests of individual choice in cases of irreconcilable separation is thus inappropriate in the age of the *Charter*. The *Charter* requires that individual choices not be restricted unnecessarily. Making a separated spouse a competent witness for the prosecution may ultimately mean that an irreconcilably separated spouse is also compellable at the instance of the prosecution; however, this question was not raised on this appeal.

The amendments to s. 4 of the *Canada Evidence Act* do not indicate a parliamentary intention to retain the common law rule of spousal incompetence as it presently stands. The amendments made to the Act since 1906 were peripheral and largely consequential to amendments to the *Criminal Code*. They were made

veiller à ce que la common law évolue en conformité avec les valeurs de la *Charte*. Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec ces valeurs, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative, elle doit être modifiée. La présente affaire se prête à un changement de la règle de common law par une cour, de façon à rendre les conjoints séparés irrémédiablement habiles à témoigner pour le poursuivant.

Il ressort de l'analyse historique de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner pour le poursuivant que, si cette règle a pu autrefois avoir sa raison d'être, y compris la préservation de l'harmonie conjugale, elle n'en a plus aucune aujourd'hui en ce qui concerne les personnes divorcées ou les conjoints dont la séparation est irrémédiable. La règle, qui découlait naturellement de la place juridique que l'épouse occupait à cette époque, reflète une conception du rôle de la femme qui n'est pas compatible avec l'importance que l'on accorde de nos jours à l'égalité des sexes. En particulier, la règle de l'incapacité à témoigner du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs consacrées dans la *Charte*. La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la capacité de la personne à témoigner et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé. Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger. La prépondérance du lien du mariage sur le droit de la personne de choisir dans les cas de séparation irrémédiable n'est plus appropriée à l'ère de la *Charte*. La *Charte* exige que les choix individuels ne soient pas restreints inutilement. Rendre le conjoint séparé habile à témoigner pour le poursuivant peut en fin de compte pouvoir dire que le conjoint séparé irrémédiablement est également contraignable à la demande du poursuivant; toutefois, cette question n'a pas été soulevée lors du présent pourvoi.

Les modifications apportées à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne traduisent pas une intention du Parlement de conserver, dans son état actuel, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Les modifications apportées à la Loi depuis 1906 étaient marginales et, pour la plupart, corrélatives à des modifications apportées au *Code criminel*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ

without any recorded consideration of the scope of the common law rule and the issues raised in this case.

d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives.

Cases Cited

Referred to: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77; *R. v. Czippis* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166; *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283; *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547; *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516; *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 17].
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 329, 368, 691(1)(a).
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8 [formerly S.C. 1967-68, c. 24].
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 10.
Family Law Act, 1986, S.O. 1986, c. 4, preamble.
Matrimonial Causes Act (U.K.), 20 & 21 Vict., c. 85.

Authors Cited

Bissett-Johnson, Alastair and David C. Day. *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act, 1985*. Toronto: Carswell, 1986.

Jurisprudence

a

Arrêts mentionnés: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21; *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77; *R. v. Czippis* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166; *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283; *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547; *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201; *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279; *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516; *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

f

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 329, 368, 691(1)a).
Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, ch. 4, préambule.
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8 [auparavant S.C. 1967-68, ch. 24].
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 10.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 17].
Matrimonial Causes Act (R.-U.), 20 & 21 Vict., ch. 85.

Doctrine citée

Bissett-Johnson, Alastair and David C. Day. *The New Divorce Law: A Commentary on the Divorce Act, 1985*. Toronto: Carswell, 1986.

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book One. Oxford: Clarendon Press, 1770.

Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. *Evidence*. Study Paper No. 1 "Competence and Compellability". Ottawa: The Commission, 1972. ^a

Coke, Sir Edward. *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, 19th ed. London: Clarke, 1832.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961. ^b

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of uttering a forged document. Appeal dismissed. ^c

Marc Rosenberg, for the appellant.

Jamie C. Klukach, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by ^e

IACOBUCCI J.—This appeal raises the question of the competence of a spouse who is separated from his or her spouse without reasonable possibility of reconciliation to testify as a witness for the prosecution. ^f

I. Facts

The appellant, Mr. Pasquale Salituro, signed the name of his wife, Mrs. Carrie Salituro, on a cheque payable jointly to her and to him. It was admitted that the appellant signed Mrs. Salituro's name and that he cashed the cheque, but the appellant's defence was that he had his wife's authority to do so. Mrs. Salituro denied this and the trial judge accepted her evidence over the appellant's and convicted him of forgery. The trial judge concluded on the basis of the appellant's testimony that the appellant and his wife were separated without any reasonable possibility of reconciliation at the time the appellant forged his wife's signature. ^g

Without Mrs. Salituro's testimony the appellant would not have been convicted. The issue is therefore ^j

Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 1 et 2. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822.

Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. *La preuve*. Document préliminaire n° 1 «L'habilité et la contrainte à témoigner». Ottawa: La Commission, 1972.

Coke, Sir Edward. *The First Part of the Institutes of the Laws of England*, 19th ed. London: Clarke, 1832.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement à l'accusation d'avoir utilisé un document contrefait. Pourvoi rejeté. ^d

Marc Rosenberg, pour l'appelant.

Jamie C. Klukach, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par ^e

LE JUGE IACOBUCCI—Ce pourvoi soulève la question de savoir si une personne séparée de son conjoint, sans possibilité raisonnable de réconciliation, peut être témoin à charge contre son conjoint. ^f

I. Les faits

L'appelant, M. Pasquale Salituro, a signé le nom de sa femme, M^{me} Carrie Salituro, sur un chèque payable aux deux époux conjointement. Il a été admis que l'appelant avait signé le nom de M^{me} Salituro et qu'il avait encaissé le chèque mais, en défense, l'appelant a fait valoir qu'il avait agi avec l'autorisation de sa femme, ce que celle-ci a nié. Le juge du procès a préféré le témoignage de M^{me} Salituro à celui de l'appelant qu'il a déclaré coupable de faux. Du témoignage de l'appelant, le juge a déduit que, au moment de la contrefaçon, les conjoints étaient séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation. ^g

N'eût été le témoignage de M^{me} Salituro, l'appelant n'aurait pas été déclaré coupable. La question en ^j

whether Mrs. Salituro's testimony falls under an exception to the common law rule that a spouse is an incompetent witness for the prosecution. Since this is an appeal as of right, the appeal is limited by s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to questions of law on which a judge of the court of appeal dissents. As a result there is only one question on this appeal: is there a common law exception to the rule against spousal competence for spouses who are separated without any reasonable possibility of reconciliation?

II. Statutory Provisions

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

(2) The wife or husband of a person charged with an offence against subsection 50(1) of the *Young Offenders Act* or with an offence against any of sections 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or sections 170 to 173, 179, 212, 215, 218, 271 to 273, 280 to 283, 291 to 294 or 329 of the *Criminal Code*, or an attempt to commit any such offence, is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(3) No husband is compellable to disclose any communication made to him by his wife during their marriage, and no wife is compellable to disclose any communication made to her by her husband during their marriage.

(4) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268, or 269 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(5) Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

litige est donc de savoir si le témoignage de M^{me} Salituro relève d'une exception à la règle de common law portant que le conjoint est inhabile à témoigner pour le poursuivant. Puisqu'il s'agit d'un pourvoi de plein droit, le débat est limité, par l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aux questions de droit au sujet desquelles un juge de la cour d'appel est dissident. En conséquence, une seule question se pose dans ce pourvoi: Y a-t-il, en common law, une exception à la règle de l'inhabilité des conjoints à témoigner, lorsque ceux-ci sont séparés sans qu'existe une possibilité raisonnable de réconciliation?

II. Dispositions législatives

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

(2) Le conjoint d'une personne accusée soit d'une infraction visée au paragraphe 50(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou à l'un des articles 151, 152, 153, 155 ou 159, des paragraphes 160(2) ou (3) ou des articles 170 à 173, 179, 212, 215, 218, 271 à 273, 280 à 283, 291 à 294 ou 329 du *Code criminel*, soit de la tentative d'une telle infraction, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(3) Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant leur mariage.

(4) Le conjoint d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 ou 269 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgé de moins de quatorze ans, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(5) Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

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

329. (1) Subject to subsection (2), no husband or wife, during cohabitation, commits theft of anything that is by law the property of the other.

(2) A husband or wife commits theft who, intending to desert or on deserting the other or while living apart from the other, fraudulently takes or converts anything that is by law the property of the other in a manner that, if it were done by another person, would be theft.

(3) Every one commits theft who, during cohabitation of a husband and wife, knowingly

(a) assists either of them in dealing with anything that is by law the property of the other in a manner that would be theft if they were not married; or

(b) receives from either of them anything that is by law the property of the other and has been obtained from the other by dealing with it in a manner that would be theft if they were not married.

368. (1) Every one who, knowing that a document is forged,

(a) uses, deals with or acts on it,

as if the document were genuine, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

III. The Courts Below

A. *Provincial Court of Ontario*

BeGora Prov. Ct. J. convicted the appellant of using a forged document contrary to s. 368 of the *Criminal Code*. Although Mrs. Salituro's testimony was essential to the appellant's conviction, no objection was taken to the admissibility of her evidence at trial.

B. *Court of Appeal for Ontario*

The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal from conviction, but allowed his appeal from

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

^a *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

329. (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne commet, pendant la cohabitation, le vol d'une chose qui est, par la loi, la propriété de son conjoint.

^b (2) Commet un vol quiconque, voulant abandonner ou en abandonnant son conjoint, ou pendant qu'ils vivent séparément l'un de l'autre, prend ou détourne frauduleusement une chose qui, d'après la loi, appartient à son conjoint, d'une manière qui constituerait un vol, de la part de toute autre personne.

^c (3) Commet un vol quiconque, pendant la cohabitation d'un mari et d'une femme, sciemment:

^d a) soit aide l'un d'entre eux à disposer de toute chose qui, d'après la loi, appartient à l'autre, d'une manière qui, s'ils n'étaient pas mariés, constituerait un vol;

^e b) soit reçoit de l'un ou de l'autre une chose qui, d'après la loi, appartient à l'autre et a été obtenue de l'autre en en disposant d'une manière qui, s'ils n'étaient pas mariés, constituerait un vol.

368. (1) Quiconque, sachant qu'un document est contrefait, selon le cas:

^f a) s'en sert, le traite, ou agit à son égard;

^g comme si le document était authentique, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

III. Les tribunaux d'instance inférieure

A. *La Cour provinciale de l'Ontario*

^h Le juge BeGora de la Cour provinciale a déclaré l'appelant coupable de s'être servi d'un document contrefait en violation de l'art. 368 du *Code criminel*. Bien que le témoignage de M^{me} Salituro ait été essentiel à la déclaration de culpabilité de l'appelant, aucune objection n'a été soulevée au procès quant à la recevabilité de ce témoignage.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario*

ⁱ La Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité de l'appelant mais elle a accueilli l'ap-

sentence: (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241 (hereinafter cited to C.C.C.). Galligan and Blair J.J.A. wrote separate concurring reasons dismissing the appeal; Carthy J.A. dissented.

(1) Reasons of Galligan J.A.

Galligan J.A. concluded that, as there were no sound reasons for applying the rule of spousal incompetence to spouses who are separated without reasonable hope of reconciliation, the rule should not be applied in this case.

Galligan J.A. began by noting that while the rule of spousal incompetence has been subject to much criticism, its continuing existence has been recognized by at least two recent Ontario Court of Appeal judgments. The only remaining rationale for the rule is that it supports marital harmony. Given that there is no marital harmony to preserve if spouses are separated without reasonable hope of reconciliation, Galligan J.A. concluded that there is no sound policy reason to apply the rule in this case.

Galligan J.A. cited the judgment of McLachlin J. in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, as support for the proposition that the courts may, in limited circumstances, change a rule of the common law. Acknowledging that such changes should be slow and incremental, Galligan J.A. concluded that the change proposed to the rule against spousal competence was a small step beyond the change to the common law already effected in *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), and in *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77 (N.S.S.C., App. Div.), of dissolving spousal immunity on divorce.

On the appeal from sentence, considering the facts that the accused had no previous record and that the pre-sentence report was a favourable one, Galligan J.A. varied the sentence from one year's imprisonment to a sentence of time already served.

pel quant à la sentence: (1990), 56 C.C.C. (3d) 350, 78 C.R. (3d) 68, 38 O.A.C. 241 (ci-après cité au C.C.C.). Les juges Galligan et Blair ont chacun rédigé des motifs concordants, le juge Carthy étant dissident.

(1) Les motifs du juge Galligan

Le juge Galligan conclut que, puisqu'il n'y a aucune raison valable d'appliquer la règle de l'incapacité du conjoint dans un cas de séparation des époux sans espoir raisonnable de réconciliation, cette règle ne doit pas s'appliquer en l'espèce.

Le juge Galligan fait d'abord observer que, malgré les nombreuses critiques dirigées contre la règle de l'incapacité du conjoint, sa survivance a été reconnue dans au moins deux arrêts récents de la Cour d'appel de l'Ontario. La seule justification encore invoquée à l'appui de cette règle est qu'elle favorise l'harmonie conjugale. Or, étant donné qu'il n'y a aucune harmonie conjugale à préserver si les conjoints sont séparés sans espoir raisonnable de réconciliation, le juge Galligan conclut qu'aucune raison valable ne justifie l'application de la règle en l'espèce.

Le juge Galligan cite le jugement du juge McLachlin dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à l'appui de la proposition selon laquelle les tribunaux peuvent, dans des cas limités, modifier une règle de common law. Tout en reconnaissant que de tels changements doivent se faire lentement et progressivement, le juge Galligan conclut que la modification proposée à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner n'est qu'un petit pas au-delà de la modification de la common law résultant des arrêts *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.) et *R. v. Marchand* (1980), 55 C.C.C. (2d) 77 (C.S.N.É., Div. app.), et portant dissolution de l'immunité conjugale en cas de divorce.

Quant à l'appel de la sentence, le juge Galligan, tenant compte du fait que l'accusé ne possédait pas d'antécédents judiciaires et que le rapport présentiel lui était favorable, substitue à la peine d'un an d'emprisonnement une peine correspondant à la période déjà purgée.

(2) Reasons of Blair J.A.

In a comprehensive judgment, Blair J.A. examined in detail the rationale for the common law rule, the evolution of the rule, the effects of legislative intervention, and the principles governing judicial changes to the common law. In the end, he concurred with his colleague Galligan J.A., and dismissed the appeal.

Blair J.A. found that the only policy rationale for the rule that survives is that the rule preserves marital harmony and he characterized this rationalization as unrealistic where spouses have separated. He cited at p. 354 the following passage from *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984):

(F)amily harmony is nearly always past saving when the spouse is willing to aid the prosecution. The privilege is an archaic survival of mystical religious dogma and of a way of thinking about the marital relation that is today outmoded.

Blair J.A. noted that the traditional exceptions to the common law rule have been expanded, and the scope of the rule restricted, by both s. 4 of the *Canada Evidence Act*, and recent judicial decisions. In *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (Ont. C.A.), and in *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283 (B.C.C.A.), the courts held that a spouse is competent and compellable even if the charge does not allege that the accused spouse had threatened the person, liberty or health of the other spouse, provided the evidence discloses such a threat. This result was the opposite to that which had been arrived at in England. Similarly, in *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547, the Nova Scotia Court of Appeal concluded that a wife was competent to testify against her husband accused of assault against a child of the marriage, adopting the earlier decision of Borins Co. Ct. J. in *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201 (Ont.).

In *R. v. Bailey, supra*, the Ontario Court of Appeal refused to follow the English Court of Criminal Appeal's decision in *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279, following instead the Nova Scotia Court of Appeal in *Marchand, supra*, and held that a divorced spouse was competent to testify against the other divorced

(2) Les motifs du juge Blair

Dans des motifs détaillés, le juge Blair analyse le fondement et l'évolution de la règle de common law, les effets de l'intervention législative et les principes régissant les changements judiciaires à la common law. En fin de compte, souscrivant aux motifs de son collègue Galligan, il rejette l'appel.

Le juge Blair conclut que le seul fondement rationnel encore invoqué à l'appui de cette règle est qu'elle préserve l'harmonie conjugale, rationalisation qu'il qualifie d'irréaliste lorsque les conjoints sont séparés. Le juge cite, à la p. 354, le passage suivant de *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984):

[TRADUCTION] (L)'harmonie familiale est presque toujours chose du passé lorsque le conjoint est prêt à aider la poursuite. Le privilège est une survivance archaïque de la mystique religieuse et d'une façon d'envisager la relation conjugale qui est aujourd'hui dépassée.

Le juge Blair souligne que les exceptions traditionnelles à la règle de common law ont été élargies et que la portée de la règle a été restreinte, tant par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* que par la jurisprudence récente. Ainsi, les arrêts *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166 (C.A. Ont.) et *R. v. Sillars* (1978), 45 C.C.C. (2d) 283 (C.A.C.-B.), ont décidé qu'un conjoint est habile et contraignable même s'il n'est pas allégué dans l'accusation que le conjoint accusé a menacé la personne, la liberté ou la santé de son conjoint, pourvu que l'existence d'une telle menace ressorte de la preuve. Ce résultat est contraire à celui auquel on est arrivé en Angleterre. De même, dans l'arrêt *R. v. MacPherson* (1980), 52 C.C.C. (2d) 547, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu qu'une femme était habile à témoigner contre son mari accusé de voies de fait sur un enfant issu du mariage, appliquant en cela la décision antérieure du juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. McNamara* (1979), 48 C.C.C. (2d) 201 (Ont.).

Dans l'arrêt *R. v. Bailey*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de suivre l'arrêt de la Court of Criminal Appeal d'Angleterre, *R. v. Algar*, [1954] 1 Q.B. 279, suivant plutôt l'arrêt *Marchand*, précité, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et elle a conclu qu'un conjoint divorcé était habile à témoi-

spouse. Both the Ontario and Nova Scotia decisions looked to the underlying policy justification for the rule — the preservation of marital harmony — in arriving at their results.

Blair J.A. also observed that the common law rule of spousal incompetence is in need of legislative reform (at p. 357):

The present common law rule governing spousal testimony in criminal cases is almost universally recognized as archaic, anomalous and inconsistent with the factual and legal position of spouses in modern society. It cries out for comprehensive legislative reform. . . .

Blair J.A. then reviewed the history of legislative changes to the statutory scheme in s. 4 of the *Canada Evidence Act*. He concluded that the section has not been materially altered since 1906. The changes made to s. 4 have been peripheral (at p. 359):

Viewed in their proper context, it is clear that the amendments to s. 4 of the Act in this century do not have the sweeping effect attributed to them by Carthy J.A. The amendments were not made as parts of a comprehensive revision of the Act and the common law rule and its exceptions such as that recommended by the law reform reports referred to above. The amendments, on the contrary, were peripheral and largely consequential to amendments to the *Code*. They were made without any recorded consideration of the scope of the common law rule and the issues raised in this case. It is unrealistic to suggest that, when making these amendments, Parliament directed its mind to all the ramifications of the common law rule and its exceptions.

Blair J.A. also considered the role of the courts in effecting changes to the common law. In advancing the proposed change to the rule of spousal incompetence, Blair J.A. agreed with Borins Co. Ct. J. in *R. v. McNamara*, *supra*, that it was significant that the court was not being asked to abolish a rule of the common law, but to extend it. There are in fact no judicial decisions binding on the court holding that separated spouses are incompetent witnesses against

gnier contre son ex-conjoint. Pour en arriver à ce résultat, les cours de l'Ontario et de la Nouvelle-Écosse ont toutes deux examiné la justification sous-tendant la règle, soit la préservation de l'harmonie conjugale.

Le juge Blair fait également observer que la règle de common law relative à l'incapacité du conjoint a besoin d'une réforme législative (à la p. 357):

[TRADUCTION] La règle de common law actuelle concernant le témoignage du conjoint dans les affaires criminelles est presque universellement considérée comme archaïque, anormale et incompatible avec la situation des conjoints, en droit et en fait, dans la société moderne. Elle commande une réforme législative en profondeur. . . .

Le juge Blair ensuite passe en revue l'histoire des modifications législatives de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il en conclut que cet article n'a pas été modifié de manière substantielle depuis 1906, les changements apportés n'étant que marginaux (à la p. 359):

[TRADUCTION] Lorsqu'on les replace dans leur contexte, il est clair que les modifications apportées au cours de ce siècle à l'art. 4 de la Loi n'ont pas eu l'ampleur que leur attribue le juge Carthy. Ces modifications ne faisaient pas partie d'une réforme en profondeur de la Loi, de la règle de common law et de ses exceptions, que recommandaient les rapports sur la réforme du droit mentionnés précédemment. Il s'agissait, au contraire, de modifications marginales et pour la plupart corrélatives à des modifications apportées au *Code*. Elles ont été apportées sans que soient officiellement examinés le champ d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives. Il est irréaliste de croire qu'en apportant ces modifications, le Parlement a tenu compte de toutes les ramifications possibles de la règle de common law et de ses exceptions.

Le juge Blair s'est également penché sur le rôle des tribunaux dans le processus de modification de la common law. En présentant le changement proposé à la règle de l'incapacité du conjoint, le juge Blair s'est rangé à l'opinion qu'avait exprimée le juge Borins de la Cour de comté dans l'affaire *R. v. McNamara*, précitée, et selon laquelle il fallait souligner que la cour n'était pas appelée à abolir une règle de common law, mais plutôt à en étendre la portée. De fait, la cour

one another. Furthermore, the difficulties for courts in appreciating economic and policy issues, recognized by McLachlin J. in *Watkins*, *supra*, are not relevant in this case, because the change is not a dramatic one (at p. 361):

None of these practical impediments exist in the present case. This court, on the basis of the material before it, is quite capable of deciding that the extension of the exception to the common law rule of spousal testimonial incompetency of permanently and irrevocably separated spouses will operate beneficially to protect their interests and will conform with the realities of the present age. The extension of the exception in this case to separated spouses, whose legal status has been recognized by statute, flows naturally from our extension of the rule to divorced persons in *Bailey*. . .

Blair J.A. therefore dismissed the appeal and concurred in the disposition on sentence proposed by Galligan J.A.

(3) Dissenting Reasons of Carthy J.A.

Carthy J.A. agreed with his two colleagues that the common law rule of spousal incompetence is anachronistic and inappropriate for application to the facts of this particular case. He dissented on the grounds that Parliament has legislated and so given implicit recognition to the common law rule.

Carthy J.A. noted that the fact that Parliament has created specific statutory exceptions to the common law rule, "leaves no doubt that Parliament scrutinized the issue with knowledge and recognition of the limitations of the common law rule and exception" (p. 364). Carthy J.A. noted in particular the combined effect of s. 329 of the *Code* and s. 4(2) of the *Canada Evidence Act* as evidence that Parliament turned its mind expressly to the separation of spouses.

Carthy J.A. also noted that, while the effect of the decisions in *Bailey* and *Marchand*, *supra*, which created an exception to the rule for divorced spouses, was to harmonize the rule with the scope of the privi-

n'est liée par aucune décision portant que les conjoints séparés sont inhabiles à témoigner l'un contre l'autre. Au surplus, les difficultés que pose aux tribunaux l'appréciation des questions économiques et politiques, et dont faisait état le juge McLachlin dans l'arrêt *Watkins*, précité, ne sont pas pertinentes en l'espèce, parce que le changement n'est pas radical (à la p. 361):

[TRADUCTION] Aucun de ces obstacles pratiques n'existe en l'espèce. Sur le fondement des documents qui lui ont été soumis, notre cour est capable de déterminer que l'extension de l'exception à la règle de common law concernant l'inhabilité à témoigner de conjoints séparés de façon permanente et irrévocable servira à protéger leurs intérêts et sera conforme aux réalités d'aujourd'hui. En l'espèce, l'extension de l'exception à des conjoints séparés, dont le statut est reconnu par la loi, découle naturellement de l'extension déjà apportée dans l'arrêt *Bailey*, dans le cas de personnes divorcées. . .

Le juge Blair rejette donc l'appel et souscrit au dispositif concernant la sentence proposé par le juge Galligan.

(3) Les motifs dissidents du juge Carthy

Le juge Carthy, comme ses deux collègues, estime que la règle de common law concernant l'inhabilité du conjoint à témoigner est anachronique et peu appropriée vu les faits de l'espèce. Sa dissidence tient à ce que le Parlement a légiféré et, de ce fait, implicitement reconnu cette règle.

Le juge Carthy souligne que, puisque le Parlement a créé des exceptions précises à la règle de common law, [TRADUCTION] «il est clair que le Parlement a minutieusement examiné la question en ayant à l'esprit et en reconnaissant les limites de la règle et de l'exception» (p. 364). Le juge Carthy souligne en particulier que l'effet conjugué de l'art. 329 du *Code* et du par. 4(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* prouve que le Parlement a pris expressément en considération l'hypothèse de la séparation des conjoints.

Le juge Carthy souligne également que bien que les arrêts *Bailey* et *Marchand*, précités, qui ont créé une exception à la règle pour les conjoints divorcés, aient eu pour effet d'harmoniser la règle avec le pri-

lege for marital communications, the proposed change would conflict with the legislative scheme by creating inconsistencies with s. 4(2) and (4) of the *Canada Evidence Act*, which make the “wife or husband” of a person charged with certain offences competent and compellable. These sections refer simply to “wife or husband” and not to a “separated” wife or husband. As a result, Carthy J.A. argued that, “[i]ncompetence under the common law rule would be for a more restricted period than the exceptions recited in s. 4(2) and (4) [of the *Canada Evidence Act*]” (p. 365).

Carthy J.A. also pointed to the fact that the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, encourages reconciliation until trial, in ss. 7 and 8. Carthy J.A. took this to mean that Parliament has emphasized that marriage lasts until divorce.

In the result, Carthy J.A. would have allowed the appeal and quashed the conviction.

IV. Issue

The only issue which arises in this appeal is the following:

Is the spouse of an accused a competent witness for the prosecution if he or she is separated from the accused without any reasonable possibility of reconciliation?

V. Analysis

I say at the outset that I would dismiss the appeal. In arriving at this result, I have considered three issues: the appropriate limits on the power of judges to change the common law, the policy rationale for the common law rule making a spouse (including an irreconcilably separated one) an incompetent witness, and whether it is appropriate to make the proposed change to the common law given the pattern of legislation that exists. I conclude that judges do have the power to make some changes to the common law, that there are sound policy reasons for making the proposed change in this case, and that the pattern of legislation does not indicate a contrary parliamentary

vilège des communications conjugales, le changement proposé serait contraire à l'économie de la loi car il créerait une incompatibilité avec les par. 4(2) et (4) de la *Loi sur la preuve au Canada*, lesquels font du «conjoint» de la personne accusée de certaines infractions un témoin habile et contraignable. Dans ces paragraphes, il est question uniquement du «conjoint» et non du conjoint «séparé». Il en résulte, selon le juge Carthy, que [TRADUCTION] «[l']inhabilité suivant la règle de common law serait valable pour une période plus restreinte que les exceptions énumérées aux par. 4(2) et (4) [de la *Loi sur la preuve au Canada*]» (p. 365).

Le juge Carthy souligne également que les art. 7 et 8 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, encouragent la réconciliation jusqu'au procès. Selon lui, le Parlement a voulu faire ressortir ainsi que le mariage dure jusqu'au prononcé du divorce.

En conséquence, le juge Carthy était d'avis de rejeter l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité.

IV. Question en litige

La seule question en l'espèce est la suivante:

Le conjoint séparé de l'accusé sans qu'existe une possibilité raisonnable de réconciliation peut-il être témoin à charge contre son conjoint accusé?

V. Analyse

Je dirai d'emblée que je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Pour arriver à ce résultat, j'ai examiné trois questions: les limites à imposer au pouvoir des juges de changer la common law, le fondement de la règle de common law faisant du conjoint (y compris celui dont la séparation est irrémédiable) un témoin inhabile, et enfin l'opportunité d'apporter le changement proposé compte tenu de l'économie de la législation actuelle. Je conclus que les juges ont effectivement le pouvoir de modifier la common law, qu'il existe de solides raisons de faire le changement proposé en l'espèce et qu'on ne peut dégager de l'économie de la loi l'intention parlementaire contraire de préserver la

intention to preserve the common law rule. I shall now discuss each of these conclusions in turn.

A. *What Are the Limits on the Power of Judges to Change the Common Law?*

(1) Introduction

At one time, it was accepted that it was the role of judges to discover the common law, not to change it. In Book One of his *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Sir William Blackstone propounded a view of the common law as fixed and unchanging, at p. 69:

For it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation; as well to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments, he being sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one.

However, Blackstone's static model of the common law has gradually been supplanted by a more dynamic view. This Court is now willing, where there are compelling reasons for doing so, to overturn its own previous decisions. Prior to the abolition of appeals to the Privy Council in 1949, this Court considered itself bound by its own prior decisions: *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 S.C.R. 516. However, since 1949, this Court has been prepared to overturn its own decisions in appropriate cases: see, for example, *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 212, *Bell v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 212, at pp. 219-20, and *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, at p. 527. I note that similar developments have occurred in England. In 1966, the House of Lords issued a practice statement which reversed its long-standing practice of treating its own

règle de common law. Je me propose maintenant d'examiner séparément chacun de ces points.

A. *Quelles sont les limites au pouvoir des juges de modifier la common law?*

(1) Introduction

À une certaine époque, il était convenu que le rôle des juges consistait à découvrir la common law, et non à la modifier. Dans le Livre premier de ses *Commentaries on the Laws of England* (4^e éd. 1770), sir William Blackstone a exposé, à la p. 69, sa conception d'une common law fixe et immuable:

Car c'est une règle établie, de s'en tenir aux décisions antérieures, lorsque les mêmes points de contestation se représentent; tant pour maintenir ferme et égale la balance de la justice, et l'empêcher de se mouvoir en divers sens avec l'opinion de chaque juge nouveau, que, parce que la loi étant ainsi solennellement déclarée et déterminée, ce qui était auparavant incertain, peut-être même indifférent, devient alors une règle permanente, qu'il ne dépend plus de la conscience d'aucun des juges qui succéderont d'altérer ou de faire dévier, conformément à sa propre opinion; puisqu'il s'engage par serment à décider, non d'après son propre jugement particulier, mais en conformité des lois et coutumes du pays, sa mission étant de maintenir et de faire connaître l'ancienne loi, et non d'en prononcer une nouvelle.

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, aux pp. 104 et 105.)

Une conception plus dynamique, toutefois, a graduellement supplanté le modèle statique proposé par Blackstone. Notre Cour est maintenant disposée à infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire. Avant l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, notre Cour s'estimait liée par sa propre jurisprudence: *Stuart v. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516. Depuis 1949 toutefois, elle s'est montrée prête à infirmer ses propres arrêts quand les circonstances l'exigeaient: voir par exemple *Reference Re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, à la p. 212, *Bell c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 212, aux pp. 219 et 220, et *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 527. Soulignons qu'une évolution semblable est survenue en Angleterre. En 1966, renonçant à une pratique séculaire, la Chambre des lords a déclaré que, désormais, elle ne

prior decisions as binding in every case. In *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, the court recognised that rigidly adhering to precedent could interfere with the proper development of the law (at p. 1234):

Their Lordships . . . recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

The High Court of Australia has adopted a similarly flexible approach to the common law in the wake of the abolition of appeals to the Privy Council in 1975: see *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88.

(2) Limits on the Power of the Courts to Change the Common Law

In keeping with these developments, this Court has signalled its willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large. In four recent cases, *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, *Watkins v. Olafson, supra*, *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, this Court has laid down guidelines for the exercise of the power to develop the common law. The common theme of these cases is that, while complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature, the courts can and should make incremental changes to the common law to bring legal rules into step with a changing society. However, a brief review of these cases is warranted.

The issue in *Ares, supra*, was whether it was appropriate to create a new exception to the hearsay rule for hospital records. Speaking for the Court, Hall J. adopted the reasons of Lord Donovan in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, and accepted that the proposed new exception was required in consequence of changes in the business environment which could not have been foreseen at the time the hearsay rule was being developed. Hall J.

s'estimerait plus liée, dans chaque cas, par la règle du précédent. Dans *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234, la cour a reconnu que l'adhésion rigide à cette règle pouvait entraver l'évolution normale du droit (à la p. 1234) :

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries [. . .] reconnaissent qu'une adhésion servile à la règle du précédent pourrait conduire à une injustice dans un cas particulier, en plus de limiter indûment l'évolution normale du droit. Elles proposent, par conséquent, de modifier leur pratique actuelle et, tout en continuant de se considérer normalement liées par les décisions antérieures de cette Chambre, de s'en écarter lorsqu'il convient de le faire.

La Haute Cour de l'Australie a adopté la même attitude souple à l'égard de la common law, à la faveur de l'abolition des appels au Conseil privé en 1975: voir *Viro v. The Queen* (1978), 141 C.L.R. 88.

(2) Les limites au pouvoir des tribunaux de modifier la common law

En conformité avec cette évolution, notre Cour a manifesté sa volonté d'adapter et de développer des règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général. Dans quatre arrêts récents, *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, *Watkins c. Olafson*, précité, *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, notre Cour a énoncé des principes régissant l'exercice du pouvoir de faire évoluer la common law. Ces arrêts ont un thème en commun, savoir que s'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les tribunaux peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux. Il convient, toutefois, d'examiner brièvement ces arrêts.

Dans l'arrêt *Ares*, précité, il fallait déterminer s'il y avait lieu de créer une nouvelle exception à la règle du oui-dire pour les dossiers d'hôpitaux. Se prononçant au nom de la Cour, le juge Hall a fait siens les motifs de lord Donovan dans l'arrêt *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001, et a convenu que la nouvelle exception proposée s'imposait en raison des changements survenus dans les entreprises, lesquels étaient imprévisibles à l'époque

rejected the argument that changes to the common law can only be made by Parliament. In support of his decision making hospital records admissible under a new exception to the hearsay rule, Hall J. quoted the following passage from the reasons of Lord Donovan in *Myers* at p. 1047:

The common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds. Particularly is this so in the field of procedural law.

Hall J. followed the minority in *Myers*. However, the majority in *Myers* was not of the opinion that the courts should never change common law rules, but only of the view that a change was not appropriate under the circumstances of the case. In the words of Lord Reid, at p. 1021:

I have never taken a narrow view of the functions of this House as an appellate tribunal. The common law must be developed to meet changing economic conditions and habits of thought, and I would not be deterred by expressions of opinion in this House in old cases. But there are limits to what we can or should do. If we are to extend the law it must be by the development and application of fundamental principles. We cannot introduce arbitrary conditions or limitations: that must be left to legislation.

The more recent decision of this Court in *Watkins v. Olafson*, *supra*, provides some indication of the proper limits on the power of the judiciary to change existing law. At issue was an award of damages in a tort action. The Manitoba Court of Appeal had set aside a lump sum payment for future care and substituted periodic payments. Also questioned in the appeal to this Court was the appropriateness of the "gross-up" for taxation allowed by the trial judge.

McLachlin J. reinstated the lump sum payment awarded by the trial judge, on the grounds that the change made to the law by the Court of Appeal was the kind of major revision which should properly be

où la règle du oui-dire avait été formulée. Le juge Hall a rejeté l'argument suivant lequel seul le Parlement pouvait changer la common law. À l'appui de sa décision de déclarer recevables les dossiers de l'hôpital, en vertu d'une nouvelle exception à la règle du oui-dire, le juge Hall a cité le passage suivant des motifs de lord Donovan dans *Myers*, à la p. 1047:

[TRADUCTION] Ce sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la procédure.

Le juge Hall a suivi l'opinion minoritaire exprimée dans l'arrêt *Myers*. Du reste, la majorité des juges dans cet arrêt n'étaient pas d'avis que les tribunaux ne devaient jamais modifier les règles de common law, mais simplement qu'un changement n'était pas approprié en l'espèce. Selon lord Reid, à la p. 1021:

[TRADUCTION] Je n'ai jamais eu une conception étroite des fonctions de cette Chambre comme tribunal d'appel. Une évolution de la common law s'impose pour parer aux changements dans le domaine économique et dans les mentalités des gens, et je ne m'en laisserais pas détourner par les opinions exprimées en cette Chambre dans le passé. Mais nos pouvoirs et nos devoirs ont des limites. Si nous devons apporter un élargissement à la loi, il nous faut y arriver par le développement et l'application de principes fondamentaux. Nous ne pouvons introduire des conditions ou restrictions arbitraires: cela doit être laissé au législateur.

Dans un arrêt plus récent, *Watkins c. Olafson*, précité, notre Cour fournit des indications quant aux limites à apporter au pouvoir judiciaire de changer le droit existant. Le litige dans cette affaire concernait l'adjudication de dommages-intérêts dans une action en responsabilité délictuelle. La Cour d'appel du Manitoba avait annulé le paiement d'une somme forfaitaire pour soins futurs et lui avait substitué des versements périodiques. Était également en question devant notre Cour le bien-fondé de la «majoration» de l'indemnité pour fins d'impôt accordée par le juge de première instance.

Le juge McLachlin a rétabli le paiement de la somme forfaitaire adjugée par le juge de première instance, en faisant valoir que le changement apporté par la Cour d'appel était du genre qu'il convenait de

left to the legislature. She held that the courts should not effect major changes to the law with complex ramifications (at pp. 760-61):

This branch of the case, viewed thus, raises starkly the question of the limits on the power of the judiciary to change the law. Generally speaking, the judiciary is bound to apply the rules of law found in the legislation and in the precedents. Over time, the law in any given area may change; but the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. While it may be that some judges are more activist than others, the courts have generally declined to introduce major and far-reaching changes in the rules hitherto accepted as governing the situation before them.

There are sound reasons supporting this judicial reluctance to dramatically recast established rules of law. The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make. Major changes to the law often involve devising subsidiary rules and procedures relevant to their implementation, a task which is better accomplished through consultation between courts and practitioners than by judicial decree. Finally, and perhaps most importantly, there is the long-established principle that in a constitutional democracy it is the legislature, as the elected branch of government, which should assume the major responsibility for law reform.

Considerations such as these suggest that major revisions of the law are best left to the legislature. Where the matter is one of a small extension of existing rules to meet the exigencies of a new case and the consequences of the change are readily assessable, judges can and should vary existing principles. But where the revision

laisser au législateur. Elle estimait que les tribunaux devaient s'abstenir d'apporter des modifications majeures susceptibles d'avoir des ramifications complexes (aux pp. 760 et 761):

^a Cette partie du pourvoi, vue dans cette perspective, pose carrément la question des limites du pouvoir des tribunaux de modifier le droit. En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Bien que certains juges puissent être plus innovateurs que d'autres, les tribunaux judiciaires ont généralement refusé de modifier sensiblement et profondément des règles reconnues jusque-là pour les appliquer au cas qui leur était soumis.

^d Il y a de solides raisons qui justifient ces réticences du pouvoir judiciaire à modifier radicalement des règles de droit établies. Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principes qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en œuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.

ⁱ Ce sont des considérations comme celles-là qui permettent de soutenir que les réformes majeures du droit doivent plutôt relever de l'assemblée législative. Lorsqu'il s'agit de procéder à une extension mineure de l'application de règles existantes de manière à répondre aux exigences d'une situation nouvelle et lorsque les conséquences de la modification sont faciles à évaluer, les juges peuvent et doivent modifier les règles existantes. Mais quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des

is major and its ramifications complex, the courts must proceed with great caution.

McLachlin J. identified a number of major difficulties with periodic payments which courts would have difficulty responding to, including the fact that legal obligations between the parties would not be finally resolved and would require supervision, presumably through repeated court appearances.

McLachlin J. came to the opposite conclusion on the issue of “gross-up” for taxation of the award. She noted that the jurisprudence on the issue was recent and unsettled, in spite of an earlier Supreme Court decision in which this Court had declined to consider the impact of taxation on the award for future care, namely *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229. She also noted that there were strong policy reasons for taking the impact of taxation into account, in that an award would not be fair to the plaintiff if taxation were not considered in calculating the amount of the award. As well, calculating the amount of the award that would be lost to tax would not present any great difficulty. For these reasons, McLachlin J. concluded that this was the kind of incremental change that the courts can and should make to the common law, and she therefore upheld the “gross-up” for taxation allowed by the trial judge.

In *R. v. Khan*, *supra*, the Court was called upon to respond to issues similar to those that arose in *Ares v. Venner*, *supra*. At issue was the admissibility of statements made by a child to an adult concerning sexual abuse. The evidence was inadmissible hearsay according to the law as it then stood. In deciding to create a new exception to the hearsay rule, McLachlin J. adopted a flexible approach to the articulation and development of the hearsay rule (and by implication to the development of the common law in general), grounded in principle and policy as well as in precedent (at p. 540):

The hearsay rule has traditionally been regarded as an absolute rule, subject to various categories of exceptions. . . . While this approach has provided a degree of

ramifications complexes, les tribunaux doivent faire preuve de beaucoup de prudence.

Le juge McLachlin fait ressortir un certain nombre de difficultés majeures que le mécanisme des versements périodiques pourrait poser aux tribunaux, notamment le fait que les obligations juridiques respectives des parties ne seraient pas déterminées de façon définitive et nécessiteraient une surveillance, probablement par la comparution répétée des parties en cour.

Le juge McLachlin est arrivée à la conclusion opposée sur la question de la «majoration» de l'indemnité pour fins d'impôt. Elle a fait observer que la jurisprudence sur ce point était récente et incertaine, malgré un arrêt antérieur, *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, où notre Cour a refusé de tenir compte de l'effet de l'impôt dans le calcul de l'indemnité pour soins futurs. Elle a également souligné que de fortes raisons militaient en faveur de la prise en compte de l'effet de l'impôt, car sans cela l'indemnité accordée au demandeur ne serait pas équitable. De plus, le calcul de la partie de l'indemnité prélevée en impôt ne poserait pas de grandes difficultés. Pour ces motifs, le juge McLachlin a conclu que c'était le type de changement progressif que les tribunaux avaient le pouvoir et le devoir d'apporter à la common law, et elle a maintenu en conséquence la «majoration» pour fins d'impôt accordée par le juge de première instance.

Dans l'arrêt *R. c. Khan*, précité, la Cour devait trancher des questions semblables à celles soulevées dans l'arrêt *Ares c. Venner*, précité. Le litige portait sur la recevabilité des déclarations qu'un enfant avait faites à un adulte au sujet d'une agression sexuelle. La preuve était irrecevable car, dans l'état du droit à ce moment, elle constituait du oui-dire. En décidant de créer une nouvelle exception à la règle du oui-dire, le juge McLachlin a adopté, quant à l'articulation et à l'évolution de la règle du oui-dire (et par voie de conséquence quant à l'évolution de la common law en général), une attitude souple fondée tant sur des considérations de principe que sur la jurisprudence. Elle dit, à la p. 540:

Traditionnellement, la règle du oui-dire a été considérée comme absolue, sous réserve de diverses catégories d'exceptions [. . .] Bien que cette attitude ait procuré un

certainty to the law on hearsay, it has frequently proved unduly inflexible in dealing with new situations and new needs in the law. This has resulted in courts in recent years on occasion adopting a more flexible approach, rooted in the principle and the policy underlying the hearsay rule rather than the strictures of traditional exceptions.

Finally, in *R. v. Seaboyer, supra*, McLachlin J. again recognized the power of the courts to change the common law. She recognized that judges may broaden rules of evidence to conform to their sense of justice, at p. 622:

The judges perceived that the rules of evidence were unfairly restricting the right to bring relevant and helpful evidence before the court, thereby undermining the ability of the court to find the truth and do justice. So the courts broadened the rule to conform to their sense of justice by permitting judges convinced of the reliability and trustworthiness of the evidence to admit it despite its failure to conform to the traditional exceptions to the hearsay rule.

(3) Conclusion

These cases reflect the flexible approach that this Court has taken to the development of the common law. Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As McLachlin J. indicated in *Watkins, supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

certain degré de certitude à la règle en matière de ouï-dire, elle s'est souvent avérée trop rigide devant de nouvelles situations et de nouvelles exigences du droit. Au cours des dernières années, les tribunaux ont donc parfois adopté une attitude plus souple, fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du ouï-dire, plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles.

Enfin, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, précité, le juge McLachlin a de nouveau reconnu le pouvoir des tribunaux de modifier la common law. Elle a reconnu, à la p. 622, que les juges avaient la faculté d'élargir les règles de preuve pour qu'elles répondent à leur sens de la justice:

Les juges se sont rendu compte que les règles de preuve restreignaient injustement le droit de produire des éléments de preuve pertinents et utiles et portaient ainsi atteinte à la capacité du tribunal de découvrir la vérité et de rendre justice. Les tribunaux ont donc élargi la règle pour répondre à leur sens de la justice en permettant aux juges convaincus de la fiabilité et de l'exactitude d'une preuve de l'admettre même si elle ne relève pas des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

(3) Conclusion

Ces arrêts témoignent de l'attitude souple que notre Cour a adoptée envers l'évolution de la common law. Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empresse de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge McLachlin l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d'entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.

B. The Policy of the Rule that a Spouse Is an Incompetent Witness for the Prosecution

From an examination of the history of the rule making a spouse an incompetent witness for the prosecution, it is apparent that any policy justification which may at one time have existed in support of the rule has now disappeared in the context of divorced or irreconcilably separated spouses. The rule reflects a view of the role of women which is no longer compatible with the importance now given to sexual equality. In particular, the rule making an irreconcilably separated spouse an incompetent witness is inconsistent with the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and preserving the rule would be contrary to this Court's duty to see that the common law develops in accordance with the values of the *Charter*.

(1) The Origins of the Rule in General

The first clear authority for the rule that a spouse is not a competent witness is Lord Coke's *Institutes of the Laws of England*, originally published in 1628. The rule was initially concerned only with the testimonial incompetence of wives: a wife was an incompetent witness for or against her husband. Lord Coke described the rule as follows (1 Inst. 6b.):

Note, it hath been resolved by the justices, that a wife cannot be produced either against or for her husband, *quia sunt duae animae in carne unâ*; and it might be a cause of implacable discord and dissention between the husband and the wife, and a meane of great inconvenience. . . .

The rule that a wife was an incompetent witness for or against her husband followed naturally from the legal position of a wife at the time. On marriage, a woman lost her independent legal identity. Blackstone, *supra*, described the legal status of a married woman as follows, at p. 442 of Book One:

By marriage, the husband and wife are one person in law; that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, and cover, she performs every thing; and is therefore called in our law-french a *feme-covert*, *fæmina viro co-operta*; is said to be *covert*-

B. Le fondement de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner pour le poursuivant

Il ressort de l'analyse historique de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner pour le poursuivant que si cette règle a pu autrefois avoir sa raison d'être, elle n'en a plus aucune aujourd'hui en ce qui concerne les personnes divorcées ou les conjoints dont la séparation est irrémédiable. La conception du rôle de la femme qu'elle véhicule n'est plus compatible avec l'importance que l'on accorde de nos jours à l'égalité des sexes. En particulier, la règle de l'inhabilité du conjoint irrémédiablement séparé est incompatible avec les valeurs enchâssées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la préserver serait contraire au devoir de notre Cour de veiller à ce que la common law évolue en conformité avec ces valeurs.

(1) Les origines de la règle en général

Le premier texte établissant clairement la règle que le conjoint est inhabile à témoigner est le traité de lord Coke, *Institutes of the Laws of England*, publié en 1628. À l'origine, la règle ne visait que les épouses: l'épouse était un témoin inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur. Lord Coke l'a ainsi formulée (1 Inst. 6b.):

[TRADUCTION] *Notez* que les juges ont statué que le témoignage de la femme ne peut être produit ni contre son mari, ni en sa faveur, *quia sunt duae animae in carne unâ*; cela pourrait être cause de discorde et de dissension implacables entre le mari et sa femme, et source de grands embarras . . .

La règle selon laquelle la femme était inhabile à témoigner contre son mari ou en sa faveur découlait naturellement de la place juridique qu'elle occupait à cette époque. Du fait du mariage, la femme perdait son identité juridique propre. Blackstone, *op. cit.*, a décrit ainsi, à la p. 442 du Livre premier, le statut juridique de la femme mariée:

Par le mariage, l'homme et la femme deviennent une seule personne aux yeux de la loi; c'est-à-dire que l'être même ou l'existence légale de la femme est suspendue pendant le mariage, ou du moins incorporée et renfermée dans celle du mari, sous la protection, l'abri, le *couvert* duquel elle agit en tout point: aussi l'appelle-t-on dans le vieux français de nos lois une *feme-covert*,

baron, or under the protection and influence of her husband, her *baron*, or lord; and her condition during her marriage is called her *coverture*.

The general testimonial incompetence of a wife for or against her husband was accepted in *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, at p. 1141.

(2) Justifications for the Rule

Since that time, at least four distinct justifications have been advanced for the rule but only two of these survive today. The most important justification is that the rule protects marital harmony. The danger to marital harmony of making a spouse a competent witness was first mentioned by Lord Coke, and was most recently emphasized in the decision of the Court of Appeal in the case at bar, in *R. v. Bailey, supra*, and in *R. v. Sillars, supra*. A second reason sometimes mentioned is what Wigmore called the "*natural repugnance* to every fair-minded person to compelling a wife or husband to be the means of the other's condemnation" (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, § 2228 (emphasis in original)).

The two justifications which have not survived are that a spouse is an incompetent witness because husband and wife are in law a single person (although this justification survived into the eighteenth century), and that husband and wife are disqualified from being witnesses for or against each other because their interests are identical.

The policy grounds supporting the rule have come in for sustained attack. Wigmore scathingly criticizes the variety of inconsistent arguments used to support the rule (at p. 213):

The record of judicial ratiocination defining the grounds and policy of this privilege forms one of the most curious and entertaining chapters of the law of evidence. It is curious because the variety of ingenuity displayed, in the invention of reasons "ex post facto" for a rule so simple and so long accepted, could hardly have been believed but for the recorded utterances. . . . We

fœmina viro co-operta; on la désigne par l'expression *covert-baron*, comme étant sous la protection et l'influence de son mari, de son *baron* ou seigneur; et son état, pendant le mariage, est appelé (*sic*) sa *coverture*.

^a (Traduit par Chompuré, *op. cit.*, t. 2, à la p. 215.)

L'inhabilité générale de la femme à témoigner pour ou contre son mari a été reconnue dans l'affaire *Lord Audley* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, à la p. 1141.

(2) Justifications de la règle

Depuis lors, au moins quatre justifications différentes ont été avancées à l'appui de la règle dont deux seulement ont survécu jusqu'à nos jours. La plus importante est que la règle protège l'harmonie conjugale. Le danger que présente à cet égard le témoignage du conjoint a été évoqué pour la première fois par lord Coke, et mis en lumière plus récemment dans l'arrêt que la Cour d'appel a prononcé en l'espèce, ainsi que dans les arrêts *R. v. Bailey* et *R. v. Sillars*, précités. La seconde raison parfois mentionnée est ce que Wigmore a appelé [TRADUCTION] «la *répugnance naturelle* qu'éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l'instrument de la condamnation de l'autre» (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, § 2228 (en italique dans l'original)).

Deux justifications n'ont pas survécu, savoir que le conjoint n'est pas habile à témoigner parce que le mari et la femme ne forment en droit qu'une seule personne (conception qui prévalait encore au XVIII^e siècle), et parce que leurs intérêts sont identiques.

^h Les principes sous-tendant la règle ont constamment fait l'objet d'attaques. Wigmore fait une critique mordante de l'incohérence des arguments invoqués à son appui (à la p. 213):

ⁱ [TRADUCTION] Les raisonnements judiciaires utilisés pour définir les fondements de ce privilège forment l'un des chapitres les plus curieux et les plus divertissants du droit de la preuve. Curieux, parce que, n'eût été leur consignation dans les recueils, il aurait été difficile d'imaginer l'ingéniosité déployée dans l'invention de raisons «ex post facto» pour justifier une règle si simple

behold the fantastic spectacle of a fundamental rule of evidence, which had only questionable reasons for existence, surviving nonetheless through two centuries upon the strength of certain artificial dogmas — pronouncements wholly irreconcilable with each other, with the facts of life and with the rule itself, and yet repeatedly invoked, with smug judicial positiveness, like magic formulas to still the specter of forensic doubt.

In the study paper “Competence and Compellability” by the Evidence Project of the Law Reform Commission of Canada, the rule was characterized as more a product of history than the reflection of any clear policy decision:

... the rule, rather than the reflection of a clear-cut fundamental policy decision, appears to be simply a product of history. This is confirmed when we note that a fundamental policy decision surely would be based on concern not only for the married couple but for the family unit as a whole, and yet no one has suggested legislation making fathers and sons or mothers and daughters incompetent witnesses for the prosecution against their parents or children.

(*Evidence* (1972), Study Paper No. 1, at p. 5.)

There is in my opinion a more fundamental difficulty with the reasons for the rule. The grounds which have been used in support of the rule are inconsistent with respect for the freedom of all individuals, which has become a central tenet of the legal and moral fabric of this country particularly since the adoption of the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. (as he then was) defined freedom in this way (at p. 336): “Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person.” The common law rule making a spouse an incompetent witness involves a conflict between the freedom of the individual to choose whether or not to testify and the interests of society in preserving the marriage bond. It is unnecessary for me to consider the difficult question of how this conflict ought to be resolved, because in this appeal we are concerned

et si ancienne [...] Nous assistons au spectacle fascinant d’une règle fondamentale de preuve, dont l’existence repose sur des motifs pour le moins contestables, qui survit depuis deux siècles grâce à la force de certains dogmes artificiels — affirmations totalement inconciliables les unes avec les autres, avec les faits de la vie et avec la règle elle-même, mais constamment invoquées, avec toute l’assurance judiciaire, comme des formules magiques servant à dissiper le spectre du doute judiciaire.

Dans le document préliminaire «L’habilité et la contrainte à témoigner», rédigé par la section de recherche sur le droit de la preuve de la Commission de réforme du droit du Canada, la règle a été qualifiée comme étant davantage un caprice que l’aboutissement d’une décision de principe mûrement réfléchie:

... la règle semble n’être rien d’autre qu’un caprice, au lieu de constituer l’aboutissement d’une décision de principe mûrement réfléchie. D’ailleurs, et cela confirme bien notre point de vue, si la règle découlait d’une décision rationnelle et fondamentale, elle ne s’appliquerait pas uniquement au couple, mais à la cellule familiale tout entière. Et pourtant, personne n’a proposé l’adoption d’une législation rendant le père et le fils ou la mère et la fille inhabiles à rendre témoignage les uns contre les autres pour le compte de la poursuite.

(*La preuve* (1972), document préliminaire n° 1, à la p. 7.)

À mon avis, les raisons d’être de la règle posent une difficulté plus fondamentale. En effet, les arguments invoqués à son appui sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l’ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l’adoption de la *Charte*. Dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson, alors juge puîné, a défini ainsi la liberté, à la p. 336: «La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l’être humain.» Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu’a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé. Il n’est pas nécessaire que j’examine la difficile question de savoir comment résoudre ce conflit, car, dans le présent pourvoi, nous avons affaire seulement à des conjoints qui sont

only with spouses who are irreconcilably separated. Where spouses are irreconcilably separated, there is no marriage bond to protect and we are faced only with a rule which limits the capacity of the individual to testify.

To give paramountcy to the marriage bond over the value of individual choice in cases of irreconcilable separation may have been appropriate in Lord Coke's time, when a woman's legal personality was incorporated in that of her husband on marriage, but it is inappropriate in the age of the *Charter*. As Wilson J. put it in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, the *Charter* requires that individual choices not be restricted unnecessarily.

The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*. Individuals are afforded the right to choose their own religion and their own philosophy of life, the right to choose with whom they will associate and how they will express themselves, the right to choose where they will live and what occupation they will pursue. These are all examples of the basic theory underlying the *Charter*, namely that the state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible, will avoid subordinating these choices to any one conception of the good life.

Through its family and divorce laws, our society has recognized that spouses have the right to seek dissolution of the marriage where relations between them have irrevocably broken down. The recognition that a marriage may be dissolved is reflected in the long history of divorce legislation. Divorce without a special Act of Parliament has been possible in England since the 1857 *Matrimonial Causes Act* (U.K.), 20 & 21 Vict., c. 85. In Canada, there was a divorce Act as early as 1758 in Nova Scotia and later in other provinces; the first federal divorce Act was the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, later R.S.C. 1970, c. D-8. See "Competence and Compellability", *supra*, at p. 6, and more generally Alastair Bissett-Johnson and David C. Day, *The New Divorce Law* (1986).

Modern divorce Acts explicitly recognize that marriage is a partnership between equally free indi-

séparés irrémédiablement. Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger et nous nous trouvons en présence seulement d'une règle qui limite l'habilité d'une personne à témoigner.

La prépondérance du lien du mariage sur la valeur du choix individuel dans les cas de séparation irrémédiable était peut-être légitime à l'époque de lord Coke, où la personnalité juridique de la femme était incorporée à celle de son mari lors du mariage, mais elle ne l'est plus à l'ère de la *Charte*. Comme l'a dit le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 166, la *Charte* exige que les choix individuels ne soient pas restreints inutilement:

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien.

Dans ses lois concernant la famille et le divorce, notre société a reconnu que les époux ont le droit de dissoudre le mariage lorsque les liens qui les unissaient sont irrévocablement rompus. Cette reconnaissance de la possibilité de dissolution du mariage ressort de la longue histoire de la législation en matière de divorce. En Angleterre, il a été possible d'obtenir le divorce sans loi spéciale du Parlement depuis la *Matrimonial Causes Act* de 1857 (R.-U.), 20 & 21 Vict., ch. 85. Au Canada, une loi sur le divorce a été adoptée dès 1758 en Nouvelle-Écosse et plus tard dans d'autres provinces; la première loi fédérale sur le divorce a été la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24, plus tard S.R.C. 1970, ch. D-8. Voir «L'habilité et la contrainte à témoigner», *loc. cit.*, aux pp. 7 et 8, et de façon plus générale, Alastair Bissett-Johnson et David C. Day, *The New Divorce Law* (1986).

Les lois modernes sur le divorce reconnaissent expressément que le mariage est une société entre des

viduals, as this excerpt from the preamble to the *Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4, illustrates:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; and whereas in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership . . .

(3) Conclusion

The *Charter* has played and will continue to play a central role in defining the legal and social fabric of this country. As the *Charter* is the supreme law of Canada, any legislation or government action or law inconsistent with it is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. But the *Charter* will also be influential even in the absence of legislation or government action. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J. noted at p. 603 that the question of the application of the *Charter* to private litigation

. . . is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law.

This passage was cited with approval by L'Heureux-Dubé J., speaking for the Court in *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184.

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed. The common law rule making an irreconcilably separated spouse an incompetent witness for the prosecution against the other spouse is inconsistent with the values in the *Charter*.

personnes également libres, comme en témoigne l'extrait suivant du préambule de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4:

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société . . .

(3) Conclusion

La *Charte* joue et continuera à jouer un rôle central dans la définition du tissu juridique et social de notre pays. La *Charte* étant la loi suprême du Canada, elle rend inopérante toute loi, action gouvernementale ou règle de droit incompatible avec elle, dans la mesure de l'incompatibilité. Mais la *Charte* fera également sentir son influence même en l'absence d'une loi ou d'une action gouvernementale. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre a souligné, à la p. 603, que la question de l'application de la *Charte* aux litiges privés

. . . est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait appliquer et développer les principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*.

Ce passage est cité et approuvé par le juge L'Heureux-Dubé, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 184.

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée. Or, la règle de common law qui fait d'un conjoint irrémédiablement séparé un témoin inhabile à témoigner contre l'autre conjoint est incompatible

Subject to consideration of the limits on the judicial role, the rule ought therefore to be changed. Society can have no interest in preserving marital harmony where spouses are irreconcilably separated because there is no marital harmony to be preserved.

The facts of this case do not raise the issue of whether a spouse who is a competent witness for the prosecution will also be compellable. That question is for another day. However, were it necessary to decide this question, the possibility that a competent spouse would be found also to be compellable is a real one, in light of the reasons in *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (Y.T.C.A.), *R. v. Marchand, supra*, *R. v. Czipps, supra*, and *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201 (Alta. S.C., App. Div.), although I would note that in the U.S., a spouse is a competent but not a compellable witness for the prosecution: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Making a separated spouse a competent witness for the prosecution may ultimately mean that an irreconcilably separated spouse is also compellable at the instance of the prosecution. However, I do not think that should affect the result in this case. I return to the idea of human dignity. The dignity of the person arises not only from the exercise of rights such as the freedom to choose, but also, and just as importantly, from the assumption of the responsibilities that naturally flow from participation in the life of the community. At the level of principle, it is just as much a denial of the dignity of an irreconcilably separated spouse to exempt the spouse from the responsibility to testify because of his or her status as it is a denial of the spouse's dignity to deny his or her capacity to testify. This is all the more true where historically it has been women who have been unable to testify.

Concerns were raised before us that making an irreconcilably separated spouse a competent witness would increase the risk of violence to women. Violence against women is a very grave problem in our society, and any possibility of an increase in the risk of violence must be taken most seriously. But I find it

avec les valeurs de la *Charte*. Sous réserve des limites du rôle du judiciaire, la règle doit donc être modifiée. La société n'a aucun intérêt à préserver l'harmonie conjugale lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement puisqu'il n'y a plus d'harmonie conjugale à préserver.

Les faits de l'espèce ne soulèvent pas la question de savoir si une personne qui est habile à témoigner contre son conjoint sera également contraignable. Cette question ne se pose pas aujourd'hui. Toutefois, s'il fallait trancher cette question, la possibilité que le conjoint habile à témoigner soit considéré également comme contraignable constituerait une véritable question, compte tenu des motifs rédigés dans les arrêts *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (C.A. Yuk.), *R. v. Marchand*, précité, *R. v. Czipps*, précité, et *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201 (C.S. Alb., Div. app.), bien que je doive faire remarquer que, aux États-Unis, le conjoint est habile à témoigner pour le poursuivant mais n'est pas contraignable: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

Rendre le conjoint séparé habile à témoigner pour le poursuivant peut en fin de compte vouloir dire que le conjoint séparé irrémédiablement est également contraignable à la demande du poursuivant. Cependant, je ne crois pas que cela doive influencer sur l'issue de la présente affaire. Je reviens à la notion de dignité humaine. La dignité de la personne humaine dépend non seulement de l'exercice de droits tels que la liberté de choisir mais également, et cela est tout aussi important, de la possibilité d'assumer des responsabilités qui découlent de la participation à la vie de la communauté. Au niveau du principe, c'est tout autant une dénégation de la dignité du conjoint séparé irrémédiablement de le dispenser de la responsabilité de témoigner en raison de son statut que c'en est une de le priver de sa capacité de témoigner. Cela est d'autant plus vrai lorsque historiquement ce sont les femmes qui ont été empêchées de témoigner.

On s'est inquiété devant nous du fait que rendre le conjoint séparé irrémédiablement habile à témoigner augmenterait le risque de violence à l'égard des femmes. La violence contre les femmes est un problème très grave dans notre société, et il faut considérer très sérieusement toute augmentation possible du

difficult to accept that the proper response to the threat of violence is to limit the capacity of women in the hope that preventing women from testifying will decrease the risk of violence against them. If our expectations for a society founded on respect for the dignity of the human person are to have meaning, we must encourage and protect everyone in the exercise of their rights and responsibilities as equal members of our society. Furthermore, if a competent spouse is also compellable, I would note that McLachlin J.A. (as she then was) suggested in *McGinty, supra*, at p. 60, that making a spouse compellable may in fact reduce the risk of violence by giving the spouse no choice but to testify. The same argument was made by the Evidence Project of the Law Reform Commission of Canada in their study paper "Competence and Compellability", *supra*, at pp. 6-7.

Moreover, if I were to accept the argument that a separated spouse ought not to be competent to testify because of the possibility of violence, I cannot see how I could resist the argument that the same principle should be applied to divorced spouses. The difference between irreconcilable separation and divorce may have significance *de jure*, but it has no significance *de facto*: irreconcilable separation is tantamount to divorce. The conclusion that a divorced spouse should not be a competent witness because of his or her former marital status is contrary to common sense, and has been rejected in a number of cases, including *R. v. Bailey*, *R. v. Marchand* and *R. v. Algar, supra*. However, I would repeat that the question of compellability is not raised on this appeal.

C. Should the Common Law Rule Be Changed?

Absent parliamentary intervention, I would conclude that changing the common law rule to make spouses who are irreconcilably separated competent witnesses for the prosecution would be appropriate. Although the principles upon which this change is based would appear to favour abolishing the rule entirely and making all spouses competent witnesses under all circumstances, policy considerations and uncertainty as to the consequences of such a change

risque de violence. Mais je trouve difficile d'admettre que la réponse correcte à la menace de violence consiste à limiter la capacité des femmes dans l'espoir que le fait d'empêcher les femmes de témoigner atténuerait le risque de violence contre elles. Si nos attentes à l'égard d'une société fondée sur le respect de la dignité de la personne humaine doivent avoir un sens, nous devons encourager et protéger toutes les personnes, dans l'exercice de leurs droits et de leurs responsabilités en tant que membres égaux de notre société. En outre, si le conjoint habile à témoigner est également contraignable, je soulignerais que le juge McLachlin (alors juge de la Cour d'appel) a indiqué dans l'arrêt *McGinty*, précité, à la p. 60, que rendre le conjoint contraignable peut en fait atténuer le risque de violence, car le conjoint n'a alors d'autre choix que de témoigner. Le même argument a été avancé par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document préliminaire «L'habilité et la contrainte à témoigner», *loc. cit.*, aux pp. 8 et 9.

De plus, si je devais admettre l'argument selon lequel le conjoint séparé ne doit pas être habile à témoigner à cause de la violence possible, je ne vois pas comment je pourrais m'opposer à l'argument selon lequel le même principe devrait s'appliquer aux conjoints divorcés. La différence entre la séparation irrémédiable et le divorce peut avoir une importance en droit, mais elle n'en a pas dans les faits: la séparation irrémédiable équivaut au divorce. La conclusion selon laquelle le conjoint divorcé serait inhabile à témoigner en raison de son statut matrimonial antérieur est contraire au bon sens et a été rejetée dans un certain nombre d'arrêts, y compris *R. v. Bailey*, *R. v. Marchand* et *R. v. Algar*, précités. Cependant, je tiens à répéter que la question de la contraignabilité n'est pas soulevée en l'espèce.

C. Y a-t-il lieu de modifier la règle de common law?

À défaut d'intervention parlementaire, je conclus qu'il convient de modifier la règle de common law de façon à rendre les conjoints séparés de façon irrémédiable habiles à témoigner pour le poursuivant. Bien que les principes qui fondent cette modification semblent militer en faveur de l'abolition complète de la règle et de la reconnaissance de l'habilité du conjoint à témoigner dans toutes les circonstances, certaines considérations de principe et l'incertitude quant aux

suggest that a more cautious approach is appropriate. The parties before us did not argue for such a change, and in my opinion a far-reaching change of this kind is best left to the legislature. However, expanding the exceptions to the common law rule to include irreconcilably separated spouses is precisely the kind of incremental change which the courts can and should make. The courts are the custodians of the common law, and it is their duty to see that the common law reflects the emerging needs and values of our society.

In argument before us, the appellant contended, following the dissenting reasons of Carthy J.A. in the Court of Appeal below, that the pattern of legislation in the *Canada Evidence Act* shows a parliamentary intention to retain the common law rule as it presently stands. The appellant also argued that there would be difficulties in implementing the proposed new exception to the common law rule. I propose to deal with these arguments briefly.

(1) Pattern of Legislation

As I understand it, the argument is that the various amendments which have been made to s. 4 of the *Canada Evidence Act* since 1906 indicate that Parliament has turned its mind to the common law rule making a spouse an incompetent witness, and that the rule has therefore been effectively ratified. With respect, I must disagree. I do not propose to recount the history of the amendments to the *Canada Evidence Act* in detail but prefer to adopt the following excerpt from the reasons of Blair J.A. in the Court of Appeal (at pp. 358-59):

With respect, I cannot agree with my brother Carthy that the amendments made to the Act since 1906 were enacted after careful scrutiny by Parliament acting with full knowledge of the common law rule and its exceptions. . . .

. . . The amendments were not made as parts of a comprehensive revision of the Act and the common law rule and its exceptions such as that recommended by the law reform reports referred to above. The amendments, on the contrary, were peripheral and largely consequential to amendments to the *Code*. They were made without any recorded consideration of the scope of the common

conséquences d'un tel changement dictent une approche plus prudente. Les parties au pourvoi n'ont pas demandé un tel changement et, à mon avis, il est préférable de laisser au législateur une modification de cette ampleur. Cependant, étendre les exceptions à la règle de common law de manière à y inclure les conjoints dont la séparation est irrémédiable est précisément le genre de changement progressif que les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de faire. Les tribunaux sont les gardiens de la common law et il leur incombe de veiller à ce qu'elle reflète l'évolution des besoins et des valeurs de notre société.

Dans sa plaidoirie en notre Cour, l'appelant a soutenu, suivant les motifs dissidents du juge Carthy de la Cour d'appel, que l'économie de la *Loi sur la preuve au Canada* traduit l'intention du Parlement de conserver la règle de common law dans son état actuel. L'appelant a également fait valoir que la nouvelle exception proposée poserait des difficultés d'application. Je me propose d'examiner brièvement ces arguments.

(1) L'économie de la loi

Si j'ai bien compris, on soutient que les diverses modifications apportées à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* depuis 1906 indiquent que le Parlement a étudié la règle de common law consacrant l'incapacité du conjoint à témoigner, et que cette règle a donc été effectivement ratifiée. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Au lieu de refaire en détail l'histoire des modifications apportées à la *Loi sur la preuve au Canada*, je préfère reprendre l'extrait suivant des motifs du juge Blair de la Cour d'appel (aux pp. 358 et 359):

[TRADUCTION] Avec égards, je ne puis partager l'opinion de mon collègue le juge Carthy selon laquelle les modifications apportées à la Loi depuis 1906 l'ont été après examen minutieux fait par le Parlement agissant en pleine connaissance de la règle de common law et de ses exceptions . . .

. . . Ces modifications ne faisaient pas partie d'une réforme en profondeur de la Loi, de la règle de common law et de ses exceptions, que recommandaient les rapports sur la réforme du droit mentionnés précédemment. Il s'agissait, au contraire, de modifications marginales et pour la plupart corrélatives à des modifications apportées au *Code*. Elles ont été apportées sans que soient

law rule and the issues raised in this case. It is unrealistic to suggest that, when making these amendments, Parliament directed its mind to all the ramifications of the common law rule and its exceptions. The most that can be deduced from any of the amendments made to the Act is that Parliament was not presented with any other proposals for change at the time they were passed.

(2) Difficulties of Implementation

The appellant argued before us that determining if there is a reasonable possibility of reconciliation between spouses will be a difficult task for the courts. Since the determination is necessarily entirely subjective, it will be the spouse offered as a witness by the prosecution who will effectively determine if there is in fact a reasonable possibility of reconciliation.

I must reject this argument out of hand. Courts are daily called upon to make subjective determinations such as the existence of a reasonable possibility of reconciliation. To take one example, under s. 10 of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), a court is required to "satisfy itself that there is no possibility of the reconciliation of the spouses, unless the circumstances of the case are of such a nature that it would clearly not be appropriate to do so". Our legal system turns on the ability of judges to make such subjective determinations, and I have every confidence in the ability of trial judges to make them.

D. *Conclusion*

I would conclude that in appropriate cases, judges can and should change the common law. This is such a case. The common law should be the servant of society. While there are changes to the common law that are best left to the legislature, the change made by the Court of Appeal in the present case to the rule that a spouse is an incompetent witness for the prosecution is not an example of such a change.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

officiellement examinés le champ d'application de la règle de common law et les questions soulevées dans de telles initiatives. Il est irréaliste de croire qu'en apportant ces modifications, le Parlement a tenu compte de toutes les ramifications possibles de la règle de common law et de ses exceptions. Le plus qu'on puisse déduire des modifications apportées à la Loi, c'est que le Parlement n'avait pas reçu, à l'époque, d'autres propositions de modifications.

(2) Les difficultés d'application

L'appelant a fait valoir qu'il sera difficile pour les tribunaux de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable de réconciliation entre les conjoints. Une telle décision étant nécessairement de nature subjective, ce sera le conjoint appelé à témoigner par le poursuivant qui déterminera en réalité s'il y existe en fait une possibilité raisonnable de réconciliation.

Je dois rejeter d'emblée cet argument. Les tribunaux sont appelés chaque jour à porter des jugements subjectifs, notamment quant à l'existence d'une possibilité raisonnable de réconciliation. Pour ne prendre qu'un exemple, en vertu de l'art. 10 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), le tribunal est tenu, «[s]auf contre-indication manifeste due aux circonstances de l'espèce, [...] de s'assurer qu'il n'y a pas de possibilités de réconciliation». Notre système juridique repose sur la capacité des juges de prendre ce genre de décisions subjectives, et j'ai pleine confiance en la capacité des juges de première instance à cet égard.

D. *Conclusion*

En conclusion, je suis d'avis que, lorsque les circonstances s'y prêtent, les juges peuvent et doivent changer la common law. C'est le cas en l'espèce. La common law doit être au service de la société. Bien qu'il soit préférable de laisser certaines modifications de la common law au législateur, la modification que la Cour d'appel a apportée en l'espèce à la règle voulant que le conjoint soit inhabile à témoigner pour le poursuivant n'est pas une modification de ce genre.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

*Solicitors for the appellant: Greenspan, Rosenberg
and Buhr, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General
for Ontario, Toronto.*

Pourvoi rejeté.

*Procureurs de l'appelant: Greenspan, Rosenberg
et Buhr, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de
l'Ontario, Toronto.*

D. S., a young person *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. S. (D.)

File No.: 22377.

1991: December 2.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Uttering threats — Young offender convicted of threatening death — Trial judge considering inadmissible and prejudicial evidence — Curative provision in Criminal Code not applicable — Conviction quashed.

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 104 N.S.R. (2d) 85, 283 A.P.R. 85, dismissing the accused's appeal from his conviction by Judge Niedermayer of the Youth Court on a charge of threatening to cause death. Appeal allowed.

Chandra Gosine, for the appellant.*Robert E. Lutes*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J.—In our opinion, the learned trial judge considered evidence that was inadmissible and prejudicial which may have affected the finding of guilt.

D. S., un adolescent *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (D.)

^b N° du greffe: 22377.

1991: 2 décembre.

^c Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

^d *Droit criminel — Menaces — Jeune contrevenant déclaré coupable d'avoir proféré des menaces de mort — Examen par le juge du procès d'éléments de preuve inadmissibles et préjudiciables — Inapplicabilité de la disposition réparatrice du Code criminel — Annulation de la déclaration de culpabilité.*

Lois et règlements cités^e *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1991), 104 N.S.R. (2d) 85, 283 A.P.R. 85, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Niedermayer du Tribunal pour adolescents relativement à une accusation d'avoir proféré des menaces de mort. Pourvoi accueilli.

^h *Chandra Gosine*, pour l'appelant.*Robert E. Lutes*, pour l'intimée.ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^j LE JUGE SOPINKA—À notre avis, le juge du procès a examiné des éléments de preuve inadmissibles et préjudiciables qui peuvent avoir influé sur la déclaration de culpabilité.

This is not a case for the application of the curative provision contained in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Accordingly, the appeal is allowed and the finding of guilt is quashed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Chandra Gosine, Halifax.

Solicitor for the respondent: Robert E. Lutes, Halifax.

La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne s'applique pas en l'espèce.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est annulée.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Chandra Gosine, Halifax.

Procureur de l'intimée: Robert E. Lutes, Halifax.

C.M.C. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

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

File No.: 22403.

1991: December 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Threats — Diminutive female security clerk touching appellant on arm — Appellant responding with obscenities and threat to punch her in mouth — Appellant arrested for uttering threat — Whether or not appellant's reaction to assault justified.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1991), 102 N.S.R. (2d) 39, 279 A.P.R. 39, dismissing an appeal from conviction by Niedermayer J. of the Youth Court. Appeal dismissed.

Chandra Cosine, for the appellant.*Robert Hagell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J.—Even if it is assumed that the security clerk had no justification for touching C.M.C. on the arm the trial judge found that his response was unreasonable and excessive. There was evidence on which that finding could be properly based. The security clerk was a small young woman, only 5'1" in height. C.M.C. threatened, with obscenities to punch her in the mouth. She was afraid of C.M.C. and took the threat seriously. The threat, coupled with a gesture by C.M.C., was indeed excessive and unreasonable.

C.M.C. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. C. (C.M.)

b N° du greffe: 22403.

1991: 3 décembre.

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

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

Droit criminel — Menaces — Un agent de sécurité de petite taille touche le bras de l'appelant — L'appelant lui répond des obscénités et menace de lui casser la gueule — L'appelant est arrêté pour avoir proféré une menace — La réaction de l'appelant à l'attaque est-elle justifiée?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1991), 102 N.S.R. (2d) 39, 279 A.P.R. 39, qui a rejeté l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Niedermayer du Tribunal pour adolescents. Pourvoi rejeté.

Chandra Cosine, pour l'appelant.*Robert Hagell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY—Même si l'on tient pour acquis que l'agent de sécurité n'avait aucune raison de toucher le bras de C.M.C., le juge du procès a conclu que la réaction de ce dernier était déraisonnable et excessive. Cette conclusion est étayée par la preuve. L'agent de sécurité était une jeune femme de 5 pieds 1 pouce. C.M.C. l'a menacée, en prononçant des obscénités, de lui casser la gueule. Elle avait peur de C.M.C. et elle a pris la menace au sérieux. La menace, accompagnée d'un geste, était en effet

There was no error made by the majority of the Court of Appeal and the appeal must be dismissed.

excessive et déraisonnable. La Cour d'appel, à la majorité, n'a pas fait d'erreur et le pourvoi doit être rejeté.

Judgment accordingly.

a Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: Chandra Cosine, Halifax.

Procureur de l'appellant: Chandra Cosine, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Halifax.

b Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Halifax.

Conseil du patronat du Québec *Appellant*

v.

The Attorney General of the Province of Quebec *Respondent*

INDEXED AS: CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC INC. v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 21097.

1991: December 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Standing — Employers' association — Motion for declaratory judgment — Whether association has standing to challenge constitutionality of anti-strike-breaking provisions of Labour Code.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1988] R.J.Q. 1516, 55 D.L.R. (4th) 523, 16 Q.A.C. 11, affirming a judgment of the Superior Court, [1985] C.S. 54. Appeal allowed.

Pierre-M. Gauthier, for the appellant.*Jean-Yves Bernard* and *Françoise Saint-Martin*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J.—We are all of the view that this appeal should be allowed, essentially for the reasons given by Chouinard J.A. of the Quebec Court of Appeal.

The appeal is allowed, the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court are set aside, and the motion to dismiss is dismissed, the whole with costs throughout.

Le Conseil du patronat du Québec *Appellant*

c.

Le procureur général de la province de Québec *Intimé*

RÉPERTORIÉ: CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC INC. c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 21097.

1991: 6 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Intérêt ou qualité pour agir — Association d'employeurs — Requête en jugement déclaratoire — L'association a-t-elle un intérêt suffisant pour contester la constitutionnalité des dispositions «anti-briseurs» de grève du Code du travail?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1988] R.J.Q. 1516, 55 D.L.R. (4th) 523, 16 Q.A.C. 11, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1985] C.S. 54. Pourvoi accueilli.

Pierre-M. Gauthier, pour l'appellant.*Jean-Yves Bernard* et *Françoise Saint-Martin*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes tous d'avis d'accueillir ce pourvoi, pour l'essentiel aux motifs énoncés par le juge Chouinard de la Cour d'appel du Québec.

Le pourvoi est accueilli, les jugements de la Cour d'appel et de la Cour supérieure sont infirmés, et la requête en irrecevabilité est rejetée, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitors for the appellant: Alepin, Gauthier,
Laval.*

Procureurs de l'appellant: Alepin, Gauthier, Laval.

*Solicitors for the respondent: Jean-Yves Bernard
and Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.*

^a

*Procureurs de l'intimé: Jean-Yves Bernard et
Françoise Saint-Martin, Ste-Foy.*

Pierre Tessier *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TESSIER

File No.: 22051.

1991: December 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Police officer sealing blood samples taken from accused for medical purposes — Samples later analyzed pursuant to valid search warrant — Whether s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Blood samples sealed by police later analyzed pursuant to valid search warrant — Whether accused's right to protection against unreasonable search and seizure infringed — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 58 C.C.C. (3d) 255, 23 M.V.R. (2d) 165, 49 C.R.R. 191, setting aside the accused's acquittal by Newton Dist. Ct. J. Appeal dismissed.

Marc Rosenberg, for the appellant.*Renee Pomerance*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We need not hear from you Ms. Pomerance. We are ready to hand down judgment now.

Pierre Tessier *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. TESSIER

^b N° du greffe: 22051.

1991: 6 décembre.

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

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

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Perquisition, fouille et saisie abusives — Policier ayant scellé des échantillons de sang pris sur un accusé à des fins médicales — Échantillons analysés par la suite en vertu d'un mandat de perquisition valide — Y a-t-il eu violation de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?*

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Recevabilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Échantillons de sang scellés par la police et analysés par la suite en vertu d'un mandat de perquisition valide — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).*

^h POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 58 C.C.C. (3d) 255, 23 M.V.R. (2d) 165, 49 C.R.R. 191, qui a annulé l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge Newton de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

Marc Rosenberg, pour l'appelant.ⁱ *Renee Pomerance*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

^j LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^{me} Pomerance. Nous sommes prêts à rendre jugement séance tenante.

The appeal comes to us as of right. Assuming that there was an unreasonable seizure, given the circumstances of this case, more particularly that the analysis of the blood taken was under a valid search warrant, we are all of the view that the admission of the evidence at trial would not have brought the administration of justice into disrepute.

The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

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

Le pourvoi nous est soumis de plein droit. À supposer que la saisie ait été abusive, nous sommes tous d'avis que, compte tenu des circonstances de l'affaire et, plus particulièrement, du fait que l'analyse du sang a été effectuée en vertu d'un mandat de perquisition valide, l'utilisation de la preuve au procès n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

b Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Jugement en conséquence.

c *Procureurs de l'appelant: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.*

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

**Sun Life Assurance Company of
Canada** *Appellant*

v.

Canadian Human Rights Commission
Respondent

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v.
SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA

File No.: 21921.

1991: December 9.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Division of powers — Banks
and banking operations — Human rights — Discrimina-
tion — Search warrant issued by Canadian Human
Rights Commission against provincially regulated insur-
ance company (Sun Life) — Complaint made solely
against federally regulated company (Bank of Montreal)
and not directed at Sun Life — Whether Canadian
Human Rights Commission had jurisdiction to issue
search warrant against provincially regulated company.*

APPEAL from a judgment of the Federal Court of
Appeal, [1990] 2 F.C. 609, 109 N.R. 316,
14 C.H.R.R. D/17, 42 C.C.L.I. 1, 90 C.L.L.C.
¶ 17,015, allowing an appeal from a judgment of
McNair J. granting *certiorari* and quashing a search
warrant issued by the Canadian Human Rights Com-
mission. Appeal dismissed.

Mary Eberts and Wendy M. Matheson, for the
appellant.

René Duval, for the respondent.

**Sun Life du Canada, compagnie
d'assurance-vie** *Appelante*

c.

a

**Commission canadienne des droits de la
personne** *Intimée*

b et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario et le
procureur général du Québec** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA
PERSONNE) c. SUN LIFE DU CANADA, CIE D'ASSURANCE-
VIE

d N° du greffe: 21921.

1991: 9 décembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —
Banques et opérations bancaires — Droits de la per-
sonne — Discrimination — Mandat de perquisition
décerné par la Commission canadienne des droits de la
personne contre une compagnie d'assurances à charte
provinciale (Sun Life) — Plainte visant uniquement la
société à charte fédérale (Banque de Montréal) et non
la Sun Life — La Commission canadienne des droits de
la personne a-t-elle compétence pour décerner un man-
dat de perquisition contre une société à charte provin-
ciale?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédé-
rale, [1990] 2 C.F. 609, 109 N.R. 316, 14 C.H.R.R.
D/17, 42 C.C.L.I. 1, 90 C.L.L.C. ¶ 17,015, qui a
accueilli l'appel interjeté contre la décision du juge
McNair d'accorder un bref de *certiorari* et d'annuler
un mandat de perquisition décerné par la Commission
canadienne des droits de la personne. Pourvoi rejeté.

Mary Eberts et Wendy M. Matheson, pour l'appe-
lante.

René Duval, pour l'intimée.

Brian Evernden, for the intervener the Attorney General of Canada.

Brian Evernden, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky and *John Terry*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

M. David Lepofsky et *John Terry*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Monique Rousseau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Duval. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Justice McLachlin.

LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Duval. La Cour est prête à rendre jugement. Le jugement sera prononcé par le juge McLachlin.

MCLACHLIN J.—This case concerns the validity of a search warrant issued by the Canadian Human Rights Commission against the Sun Life Assurance Company of Canada in respect of a complaint against the Bank of Montreal. We are all of the view that the warrant was properly issued given that the complaint is made solely against the Bank of Montreal. At this stage, the matter is investigatory and it is not directed at the Sun Life Assurance Company of Canada. Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

LE JUGE MCLACHLIN—Ce pourvoi soulève la validité d'un mandat de perquisition décerné par la Commission canadienne des droits de la personne contre la compagnie d'assurances Sun Life du Canada relativement à une plainte contre la Banque de Montréal. Nous sommes tous d'avis que le mandat est valablement décerné étant donné que la plainte est dirigée exclusivement contre la Banque de Montréal. À ce moment, l'affaire est à l'étape d'enquête et ne vise pas la compagnie d'assurances Sun Life du Canada. En conséquence, l'appel est rejeté avec dépens.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'appelante: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitor for the respondent: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau, Ste-Foy.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Debra Vaughan *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VAUGHAN

File No.: 22076.

1991: December 10.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin and Iacobucci JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC*Criminal law — Prohibited weapons — Knife with
blade opening automatically through centrifugal force
— Whether knife a prohibited weapon.*APPEAL from a judgment of the Quebec Court of
Appeal, [1990] R.J.Q. 2064, 60 C.C.C. (3d) 87,
allowing an appeal from conviction by Girouard Ct.
S.P. J. and entering an acquittal. Appeal allowed.*Claude Provost*, for the appellant.*Benoit Henry*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—The Court is ready to render judg-
ment. The appeal is allowed for the reasons given by
Beauregard J.A. of the Court of Appeal. The convic-
tion is restored.*Judgment accordingly.**Solicitor for the appellant: Claude Provost, Mont-
réal.**Solicitors for the respondent: Shadley, Melançon
& Boro, Montréal.***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

^a **Debra Vaughan** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. VAUGHAN

N° du greffe: 22076.

^b 1991: 10 décembre.Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Gonthier, McLachlin et Iacobucci.^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC*Droit criminel — Armes prohibées — Couteau dont la
lame s'ouvre automatiquement par force centrifuge —
^d Ce couteau est-il une arme prohibée?*^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du
Québec, [1990] R.J.Q. 2064, 60 C.C.C. (3d) 87, qui a
accueilli l'appel interjeté contre une déclaration de
culpabilité prononcée par le juge Girouard de la Cour
des sessions de la paix et qui a inscrit un verdict d'ac-
quittement. Pourvoi accueilli.*Claude Provost*, pour l'appelante.^f *Benoit Henry*, pour l'intimée.Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par^g LE JUGE LA FOREST—La Cour est prête à rendre
jugement. L'appel est accueilli pour les motifs pro-
noncés par le juge Beauregard de la Cour d'appel. La
déclaration de culpabilité est rétablie.^h *Jugement en conséquence.*ⁱ *Procureur de l'appelante: Claude Provost, Mont-
réal.**Procureurs de l'intimée: Shadley, Melançon &
Boro, Montréal.*

Bruce Gimson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GIMSON

File No.: 21871.

1991: December 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Search and seizure — Search warrant issued under Narcotics Control Act for private dwelling house — Fear that evidence could be destroyed — Police not required to announce presence if it is necessary to prevent destruction of evidence.

Cases Cited

R. v. Genest, [1989] 1 S.C.R. 59; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739.

Statutes and Regulations Cited

Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 37 O.A.C. 243, 54 C.C.C. (3d) 232, 77 C.R. (3d) 307, allowing an appeal from an acquittal by Bordeleau Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

R. E. Houston, Q.C., for the appellant.

D. D. Graham Reynolds and Robert J. Frater, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We need not hear from you Mr. Reynolds and Mr. Frater. We are ready to hand

Bruce Gimson *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GIMSON

^b N° du greffe: 21871.

1991: 19 décembre.

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

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

Droit criminel — Fouilles, perquisitions et saisies — Mandat décerné conformément à la Loi sur les stupéfiants en vue de perquisitionner dans une maison d'habitation privée — Crainte que des éléments de preuve puissent être détruits — La police n'a pas à annoncer sa présence si cela s'avère nécessaire pour empêcher la destruction d'éléments de preuve.

Jurisprudence

R. c. Genest, [1989] 1 R.C.S. 59; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739.

Lois et règlements cités

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1.

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 37 O.A.C. 243, 54 C.C.C. (3d) 232, 77 C.R. (3d) 307, qui a accueilli l'appel interjeté contre un verdict d'acquittal prononcé par le juge ^h Bordeleau de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

R. E. Houston, c.r., pour l'appellant.

ⁱ *D. D. Graham Reynolds et Robert J. Frater*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^j LE JUGE EN CHEF LAMER—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Reynolds et M^e Frater. Nous

down judgment now. Justice Iacobucci will deliver judgment for the Court.

IACOBUCCI J.—We do not call upon the respondent because this is not the proper case to address the question as to whether there is a blanket authorization to enter without a prior demand in drug searches.

This appeal, which comes to us as of right, involves the issuance of a search warrant to a police officer by a judge, pursuant to the provisions of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, to search the appellant's dwelling house for cocaine. That is, a judge was satisfied, by information on oath, that there were reasonable and probable grounds for believing that there was cocaine in the appellant's dwelling house, and that the offence of possession of a narcotic for the purpose of trafficking had been committed in the dwelling house. These grounds were based on information that the police received from a reliable informant to the effect that the sale of narcotics was taking place in the dwelling house and that the front door might be barricaded, from which the police could infer that the occupant wished to have time to destroy any evidence. The legality of the warrant has not been challenged by the appellant.

It was recognized by this Court in *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at pp. 85-86, following *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, at pp. 746-47, that the police may enter a dwelling house without first announcing their presence if it is necessary to do so to prevent the destruction of evidence. We are all of the opinion that, under all the circumstances of this case, the police were entitled to enter the appellant's dwelling to execute their search warrant in order to prevent the destruction of evidence. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Soloway, Wright, Ottawa.

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

sommes prêts à rendre jugement séance tenante. Le jugement sera rendu au nom de la Cour par le juge Iacobucci.

LE JUGE IACOBUCCI—Nous n'entendrons pas l'intimée car la présente affaire ne se prête pas à l'examen de la question de savoir s'il existe une autorisation générale d'entrer sans faire une demande préalable lorsqu'il s'agit de trouver des stupéfiants.

Le présent pourvoi, qui nous est soumis de plein droit, porte sur l'attribution d'un mandat par un juge à un policier, en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, en vue de perquisitionner dans la maison d'habitation de l'appellant à la recherche de cocaïne. À la suite d'une dénonciation sous serment, un juge était convaincu qu'il y avait des motifs raisonnables et probables de croire que l'on trouverait de la cocaïne dans la maison d'habitation de l'appellant et qu'on y avait commis l'infraction de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic. Ces motifs étaient fondés sur une dénonciation reçue par la police d'un indicateur fiable, laquelle on faisait la vente de stupéfiants dans cette maison d'habitation et que la porte avant pourrait être barricadée, ce qui pouvait signifier que l'occupant voulait avoir le temps de détruire des éléments de preuve. L'appellant n'a pas contesté la légalité du mandat.

Notre Cour a reconnu dans *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, aux pp. 85 et 86, d'après *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, aux pp. 746 et 747, que des policiers peuvent entrer dans une maison d'habitation sans annoncer leur présence si cela s'avère nécessaire pour empêcher la destruction d'éléments de preuve. Nous sommes tous d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, les policiers avaient le droit d'entrer dans la maison d'habitation de l'appellant pour exécuter leur mandat de perquisition afin d'empêcher la destruction d'éléments de preuve. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Soloway, Wright, Ottawa.

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

INDEX

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused making incriminating statement to police officer while being held in van — Accused's right to counsel violated — Whether incriminating statement should be admitted into evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. V. ELSHAW, 24.

2. Delegation — Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Whether lottery provisions in Code improperly delegating criminal law power — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

R. V. FURTNEY, 89.

3. Colourability — Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Whether lottery provisions in Code create invalid discretionary regulatory regime — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

R. V. FURTNEY, 89.

4. Charter of Rights — Right not to be found guilty unless act or omission constituted offence in law — Criminal Code prohibiting lotteries except those in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Terms and conditions of licence not published in official gazette — Accused convicted of counselling conduct of lottery in manner not authorized by terms and conditions of licence — Whether non-publication of terms and conditions infringes s. 11(g) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207.

R. V. FURTNEY, 89.

5. Delegation — Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Whether lottery provisions in Code improperly delegating criminal law power — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

R. V. JONES, 110.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

6. Colourability — Criminal law — Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Whether lottery provisions in Code create invalid discretionary regulatory regime — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207(1)(b), (2), (3).

R. V. JONES, 110.

7. Charter of Rights — Right not to be found guilty unless act or omission constituted offence in law — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Terms and conditions of licence not published in official gazette — Accused convicted of unlawfully conducting a bingo — Whether non-publication of terms and conditions infringes s. 11(g) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207.

R. V. JONES, 110.

8. Division of powers — Jurisdiction — Federally incorporated board — Board not operating under Peace, Order and Good Government clause or federal Trade and Commerce power — Board subject to provincial human rights legislation — Ontario Human Rights Commission jurisdiction over complaints.

ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. NATIONAL DENTAL EXAMINING BOARD OF CANADA, 121.

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Party to offence — Whether ss. 213(c) and/or 21(2) of the Criminal Code violate ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 213(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

R. V. SIT, 124.

10. Municipal law — Provincial legislation amalgamating two cities — Arguments based on Canadian and Quebec Charters challenging constitutionality of legislation found to be without merit — An Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48.

SINCLAIR V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 134.

11. Charter of Rights — Right to counsel — Accused refusing to submit to A.L.E.R.T. test — Whether s. 10(b) of Canadian

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Charter of Rights and Freedoms infringed — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(2), (5).

R. V. GRANT, 139.

12. Charter of Rights — Fundamental justice — Regulatory provisions — Strict liability — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Conviction possible without fault on part of regulated party — Imprisonment possible penalty on breach of provisions — Whether ss. 36(1)(a) and 37.3(2) of Competition Act infringe s. 7 of Charter — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

R. V. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC., 154.

13. Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provisions — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Statutory defences comprising defence of due diligence coupled with timely retraction — Statutory defences to be established by accused on balance of probabilities — Whether reverse onus infringes s. 11(d) of Charter — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

R. V. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC., 154.

14. Charter of Rights — Corporations — Standing — Corporation charged with misleading advertising under Competition Act — Whether corporation has standing to challenge validity of federal legislation under ss. 7 and 11(d) of Charter — If so, whether a corporation entitled to benefit from a finding that federal legislation unconstitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Competition Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 36(1)(a), 37.3(2).

R. V. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC., 154.

15. Charter of Rights — Freedom of the press — Search warrants issued for premises of the press — Seized videotapes already aired — Affidavit supporting application not indicating other sources of information — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

CANADIAN BROADCASTING CORPORATION V. LESSARD, 421.

16. Charter of Rights — Freedom of the press — Search warrants issued for premises of the press — Alternative sources of information available — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

CANADIAN BROADCASTING CORPORATION V. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL), 459.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

17. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Minimum sentence — Provincial motor vehicle legislation providing for mandatory minimum sentence of seven days' imprisonment together with fine for first conviction of driving while prohibited — Whether mandatory minimum sentence infringes s. 12 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 88(1)(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.

R. V. GOLTZ, 485.

18. Charter of Rights — Right to silence — Accused visited by friend while in custody — Visit arranged by police — Conversation taped by friend with police body pack — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

R. V. BROYLES, 595.

19. Standing — Employers' association — Motion for declaratory judgment — Whether association has standing to challenge constitutionality of anti-strike-breaking provisions of Labour Code.

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC INC. V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 685.

20. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Police officer sealing blood samples taken from accused for medical purposes — Samples later analyzed pursuant to valid search warrant — Whether s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

R. V. TESSIER, 687.

21. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Blood samples sealed by police later analyzed pursuant to valid search warrant — Whether accused's right to protection against unreasonable search and seizure infringed — If so, whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. V. TESSIER, 687.

22. Division of powers — Banks and banking operations — Human rights — Discrimination — Search warrant issued by Canadian Human Rights Commission against provincially regulated insurance company (Sun Life) — Complaint made solely against federally regulated company (Bank of Montreal) and not directed at Sun Life — Whether Canadian Human Rights Commission had

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

jurisdiction to issue search warrant against provincially regulated company.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. SUN LIFE ASSURANCE CO. OF CANADA, 689.

CORPORATIONS

Statutory corporation making loan contrary to statutory objects — Applicability of doctrine of ultra vires to statutory corporation — The Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155, ss. 1, 3, 7(c), 9(7), 26(2), (5) — The Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 3(1)(b), 16(3).

COMMUNITIES ECONOMIC DEVELOPMENT FUND V. CANADIAN PICKLES CORP., 388.

COURTS

1. Jurisdiction — Unreasonable delay — Proceedings stayed — Appeal court without jurisdiction to entertain Crown appeal.

R. V. SHARMA, 119.

2. Res judicata — Cause of action before Federal Court and various boards not same cause of action as complaint of discrimination under the Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53.

ONTARIO (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. NATIONAL DENTAL EXAMINING BOARD OF CANADA, 121.

CRIMINAL LAW

1. Threats — Rape threat — Accused writing letters to football cheerleaders threatening to have sexual intercourse with them even if he had to rape them — Whether letters contained a threat to cause serious bodily harm — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. V. McCRAW, 72.

2. Lotteries — Criminal Code prohibiting lotteries except those conducted in accordance with terms and conditions of licence issued by Lieutenant Governor in Council of province — Accused convicted of counselling conduct of lottery in manner not authorized by terms and conditions of licence — Whether non-publication of terms and conditions of licence in official gazette bar to conviction — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207 — Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, ss. 2(1), 11(2).

R. V. FURTNEY, 89.

CRIMINAL LAW—Continued

3. Defences — Colour of right — Accused convicted of unlawfully conducting a bingo — Accused mistakenly believing that lottery provisions in Criminal Code inapplicable to lotteries conducted on Indian reserve — Whether defence of colour of right available — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 206(1)(d).

R. V. JONES, 110.

4. Constructive murder — Party to offence — Whether ss. 213(c) and/or 21(2) of the Criminal Code violate ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

R. V. SIT, 124.

5. Demand for breath sample — Accused refusing to submit to A.L.E.R.T. test — Criminal Code provision authorizing demand that a breath sample be provided “forthwith” — Whether demand made fell within ambit of provision — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(2), (5).

R. V. GRANT, 139.

6. Issue estoppel — Crown’s appeal challenging only first of two acquittals — Second acquittal constituting finding of fact that accused not driving motor vehicle when spotted by police — Crown estopped from challenging first acquittal.

R. V. GRANT, 139.

7. Evidence — Witnesses — Cross-examination — Proposed line of questioning relating to collateral matter — Relevance tenuous — Trial judge properly excluding cross-examination — Conviction upheld.

R. V. MEDDOUI, 320.

8. Sexual offences — Evidence — Trial judge admitting prior statements by complainant — Statements admissible to rebut allegation of recent fabrication — Conviction upheld.

R. V. F. (H.), 322.

9. Sentencing — Parole ineligibility — Accused convicted of first degree murder following new trial — Sentence of life imprisonment without parole eligibility for 25 years imposed under transitional provisions of criminal law amendment act — Parole ineligibility at time of first trial was 10 to 20 years — Accused not sentenced and convicted under wrong law — Accused’s detention lawful under transitional provision — Appeal dismissed.

R. V. STEWART, 324.

10. Evidence — Crown’s obligation to make disclosure to defence — Witness favourable to accused interviewed by police —

CRIMINAL LAW—Continued

Crown not calling witness and refusing to produce statements obtained — Whether Crown obliged to disclose statements.

R. v. STINCHCOMBE, 326.

11. Unlawful confinement — Guilty plea — Co-accused acquitted at trial — Whether or not accused should be allowed to withdraw plea.

R. v. HICK, 383.

12. Jury — Questions from jury — Crown's address to jury — Trial judge unintentionally misleading jury as to availability of assistance on questions of fact — Crown's address to jury not fair and dispassionate presentation of its case — New trial ordered.

R. v. GROVER, 387.

13. Search warrants — Premises of the press — Seized videotapes already aired — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), (d), (e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

CANADIAN BROADCASTING CORPORATION V. LESSARD, 421.

14. Search warrants — Premises of the press — Alternative sources of information available — Affidavit supporting application not indicating other sources of information available — Whether or not search warrant valid — Whether or not Charter right to freedom of the press infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487(1)(b), (d), (e) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

CANADIAN BROADCASTING CORPORATION V. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL), 459.

15. Right to silence — Accused visited by friend while in custody — Visit arranged by police — Conversation taped by friend with police body pack — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

R. v. BROYLES, 595.

16. Evidence — Witnesses — Competency — Spouses — Husband charged with using forged document after forging wife's name on cheque and cashing it — Spouses separated without any reasonable possibility of reconciliation — Whether wife of accused competent witness for prosecution — Whether appropriate case for court to change common law rule of spousal incompetence.

R. v. SALITURO, 654.

CRIMINAL LAW—Concluded

17. Uttering threats — Young offender convicted of threatening death — Trial judge considering inadmissible and prejudicial evidence — Curative provision in Criminal Code not applicable — Conviction quashed.

R. v. S. (D.), 681.

18. Threats — Diminutive female security clerk touching appellant on arm — Appellant responding with obscenities and threat to punch her in mouth — Appellant arrested for uttering threat — Whether or not appellant's reaction to assault justified.

R. v. C. (C.M.), 683.

19. Prohibited weapons — Knife with blade opening automatically through centrifugal force — Whether knife a prohibited weapon.

R. v. VAUGHAN, 691.

20. Search and seizure — Search warrant issued under Narcotics Control Act for private dwelling house — Fear that evidence could be destroyed — Police not required to announce presence if it is necessary to prevent destruction of evidence.

R. v. GIMSON, 692.

DAMAGES

Breach of fiduciary duty — Solicitor preparing conveyance not advising purchasers of secret profit made on a flip — On agreed facts, purchasers fully apprised of situation would not have entered the transaction — Action arising because inability of other professionals found liable in tort for faulty construction of building on subject lands to pay damages — Whether or not damages recoverable.

CANSON ENTERPRISES LTD. V. BOUGHTON & CO., 534.

EVIDENCE

1. Privilege — Religious communications — Church member accused of murder — Communications between pastor and church member about involvement of murder admitted into evidence — Counsel allowed time to argue point in absence of jury — Whether communications protected by common law privilege — Alternatively, whether communications protected confidential communications, and therefore inadmissible, both on the basis of the common law and of s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether absence of formal voir dire denied a fair trial — Whether charge to jury such as to deny fair trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).

R. v. GRUENKE, 263.

EVIDENCE—Concluded

2. Tape recording of conversation between accused in custody and a friend — Recording done by the friend wearing police body pack — Visit arranged by police — Whether evidence infringement of s. 7 right to silence — Whether admission of evidence would bring administration of justice into disrepute — Whether curative provisions of Criminal Code should be applied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

R. V. BROYLES, 595.

EXPROPRIATION

1. Time limit for contesting right of expropriation — Failure to contest expropriation within 30 days of notice of expropriation — Expropriated parties misled through fault of expropriating party as to existence and nature of their rights — Impossibility of acting — Start of time limit for contesting suspended.

AVRITH V. LAVAL (CITY), 137.

2. Municipal law — Land reserve — Municipal council authorizing by resolution expropriation of immovable property for land reserve — Whether Cities and Towns Act gives municipalities a power to expropriate for land reserve — Whether phrase “for purposes of a land reserve” contained in expropriation notice meets requirements of s. 40 of Expropriation Act — Whether resolution adopted by municipal council sufficient to authorize expropriation — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 29.4, 570 — Expropriation Act, R.S.Q., c. E-24, s. 40.

LEIRIAO V. VAL-BÉLAIR (TOWN), 349.

GUARANTEE

Liability of guarantor of ultra vires loan — Statutory corporation making loan contrary to statutory objects — Whether loan ultra vires — If so, whether guarantor liable to repay loan — The Communities Economic Development Fund Act, R.S.M. 1987, c. C155, ss. 1, 3, 7(c), 9(7), 26(2), (5) — The Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 3(1)(b), 16(3).

COMMUNITIES ECONOMIC DEVELOPMENT FUND V. CANADIAN PICKLES CORP., 388.

INSURANCE

Aviation insurance — Exclusions — Carrier's policy containing exclusions pertaining to misrepresentation and number of seats

INSURANCE—Concluded

declared — Federal regulation authorizing such exclusions struck down after crash — Whether insurers liable to families of passengers killed in crash — Whether policy void ab initio on account of misrepresentation or extra passenger carried.

CORONATION INSURANCE CO. V. TAKU AIR TRANSPORT LTD., 622.

JUDGMENTS AND ORDERS

Issue estoppel — Abuse of process — Plaintiff's award of damages for lost income following motor vehicle accident reduced for failure to mitigate — Plaintiff later claiming disability benefits under insurance contract — Same issue not decided in prior proceedings.

ALTOBELLI V. PILOT INSURANCE CO., 132.

PRACTICE

Taxation of costs — Application to a judge for review of registrar's decision — No error in principle found — Amount of time for preparation reasonable — Application dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 62.

BHATNAGER V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 317.

RESTITUTION

Unjust enrichment — Taxpayer successfully appealing municipal tax assessment — City refunding overpayment of taxes — Taxpayer claiming interest allegedly earned by city on overpayment — Statute empowering city to pass by-law authorizing interest payments on tax overpayments — City not passing such a by-law — Doctrine of unjust enrichment not applicable — Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, c. 44, s. 6(1).

Z Aidan Group Ltd. v. London (City), 593.

TORTS

Negligence — Misrepresentation — Damages — Calculation of damages.

RAINBOW INDUSTRIAL CATERERS LTD. V. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO., 3.

TRIAL

Court of Appeal referring matter back for trial — Court of Appeal finding party would have entered contract on less favourable existing terms rather than on terms as stated — Whether stating the issue or stating fact — Whether trial judge on the rehearing was bound by a finding in the first judgment of the Court of Appeal.

RAINBOW INDUSTRIAL CATERERS LTD. V. CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO., 3.

INDEX

ASSURANCE

Assurance aviation — Exclusions — Police du transporteur contenant des exclusions relatives aux fausses déclarations et au nombre de sièges déclarés — Règlement fédéral autorisant de telles exclusions invalidé à la suite de l'écrasement — Les assureurs sont-ils responsables envers les familles des passagers morts dans l'écrasement? — La police était-elle nulle ab initio en raison des fausses déclarations ou du passager additionnel transporté?

CORONATION INSURANCE CO. C. TAKU AIR TRANSPORT LTD.,
622.

CAUTIONNEMENT

Responsabilité de la caution d'un prêt ultra vires — Société constituée en vertu d'une loi ayant consenti un prêt en contravention de ses objets légaux — Ce prêt est-il ultra vires? — Dans l'affirmative, la caution est-elle tenue de rembourser le prêt? — Loi sur le Fonds de développement économique local, L.R.M. 1987, ch. C155, art. 1, 3, 7c), 9(7), 26(2), (5) — Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 3(1)b), 16(3).

FONDS DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE LOCAL C. CANADIAN
PICKLES CORP., 388.

COMPAGNIES

Société constituée en vertu d'une loi ayant consenti un prêt en contravention de ses objets légaux — Applicabilité de la théorie de l'ultra vires à une société constituée en vertu d'une loi — Loi sur le Fonds de développement économique local, L.R.M. 1987, ch. C155, art. 1, 3, 7c), 9(7), 26(2), (5) — Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 3(1)b), 16(3).

FONDS DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE LOCAL C. CANADIAN
PICKLES CORP., 388.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Manquement à une obligation fiduciaire — Avocat qui prépare un acte translatif de propriété sans révéler aux acquéreurs un bénéfice secret réalisé grâce à une opération d'achat et de revente successifs — L'exposé conjoint des faits révèle que si les acquéreurs avaient été parfaitement au courant de la situation ils n'auraient pas conclu l'opération — Action découlant de

DOMMAGES-INTÉRÊTS—Fin

l'impossibilité de payer les dommages-intérêts dans laquelle se trouvaient les autres professionnels jugés responsables sur le plan délictuel pour la construction défectueuse d'un édifice sur le bien-fonds en cause — Ces dommages-intérêts sont-ils recouvrables?

CANSON ENTERPRISES LTD. C. BOUGHTON & CO., 534.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Admissibilité d'éléments de preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Déclaration incriminante faite par l'accusé à un agent de police alors qu'il était détenu dans une fourgonnette — Violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat — La déclaration incriminante devrait-elle être admise en preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. ELSHAW, 24.

2. Délégation — Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Les dispositions du Code relatives aux loteries constituent-elles une délégation irrégulière d'un pouvoir en matière de droit criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).

R. C. FURTNEY, 89.

3. Législation déguisée — Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Les dispositions du Code relatives aux loteries créent-elles un régime de réglementation discrétionnaire invalide? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1)b), (2), (3).

R. C. FURTNEY, 89.

4. Charte des droits — Droit de ne pas être reconnu coupable si un acte ou une omission ne constitue pas une infraction en droit — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Modalités de la licence non publiées dans la gazette officielle — Accusés reconnus coupables d'avoir conseillé de tenir une loterie d'une manière non permise par les modalités de la licence — La non-publication des modalités contrevient-elle à l'art. 11g) de la Charte canadienne des

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207.

R. C. FURTNEY, 89.

5. Délégation — Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Les dispositions du Code relatives aux loteries constituent-elles une délégation irrégulière d'un pouvoir en matière de droit criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1b), (2), (3).

R. C. JONES, 110.

6. Législation déguisée — Droit criminel — Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Les dispositions du Code relatives aux loteries créent-elles un régime de réglementation discrétionnaire invalide? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207(1b), (2), (3).

R. C. JONES, 110.

7. Charte des droits — Droit de ne pas être reconnu coupable si un acte ou une omission ne constitue pas une infraction en droit — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Modalités de la licence non publiées dans la gazette officielle — Accusés reconnus coupables d'avoir tenu illégalement un bingo — La non-publication des modalités contrevient-elle à l'art. 11g) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207.

R. C. JONES, 110.

8. Partage des pouvoirs — Compétence — Organisme à charte fédérale — Organisme ne relevant pas de la disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement ni de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce — Organisme assujéti à la législation provinciale sur les droits de la personne — Compétence de la Commission ontarienne des droits de la personne en ce qui concerne les plaintes.

ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. BUREAU NATIONAL D'EXAMEN DENTAIRE DU CANADA, 121.

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Partie à l'infraction — Les articles 213c) ou 21(2) du Code criminel violent-ils les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 213c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

R. C. SIT, 124.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

10. Droit municipal — Loi provinciale fusionnant deux villes — Arguments invoqués en vertu des chartes canadienne et québécoise contestant la constitutionnalité de la loi jugés sans fondement — Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, L.Q. 1985, ch. 48.

SINCLAIR C. QUÉBEC (PROCTEUR GÉNÉRAL), 134.

11. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Refus de l'accusé de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. — Y a-t-il eu violation de l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2), (5).

R. C. GRANT, 139.

12. Charte des droits — Justice fondamentale — Dispositions de nature réglementaire — Responsabilité stricte — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — Déclaration de culpabilité possible en l'absence de faute de la partie assujéti à la réglementation — L'inobservation des dispositions peut entraîner une peine d'emprisonnement — Les articles 36(1a) et 37.3(2) de la Loi sur la concurrence violent-ils l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1a), 37.3(2).

R. C. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC., 154.

13. Charte des droits — Présomption d'innocence — Dispositions portant inversion de la charge de la preuve — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — Moyens de défense prévus par la loi comprenant la défense de diligence raisonnable assortie d'une rétractation obligatoire — Moyens de défense prévus par la loi devant être établis par l'accusé selon la prépondérance des probabilités — L'inversion de la charge de la preuve viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1a), 37.3(2).

R. C. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC., 154.

14. Charte des droits — Personnes morales — Qualité pour agir — Personne morale accusée de publicité trompeuse en vertu de la Loi sur la concurrence — La personne morale a-t-elle qualité pour contester la validité de la loi fédérale en vertu des art. 7 et 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, la personne morale peut-elle bénéficier de la conclusion selon laquelle la loi fédérale est inconstitutionnelle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Loi sur la concurrence, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 36(1a), 37.3(2).

R. C. WHOLESALE TRAVEL GROUP INC., 154.

15. Charte des droits — Liberté de la presse — Mandats de perquisition visant les locaux d'un média — Saisie de bandes

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

vidéo déjà diffusées — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. LESSARD, 421.

16. Charte des droits — Liberté de la presse — Mandats de perquisition visant les locaux d'un média — Existence d'autres sources de renseignements — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCURER GÉNÉRAL), 459.

17. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Peine minimale — Loi provinciale relative aux véhicules automobiles prévoyant une peine minimale obligatoire de sept jours d'emprisonnement et d'une amende pour une première déclaration de culpabilité de conduite durant une interdiction — La peine minimale obligatoire viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la Charte? — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 88(1)c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.

R. C. GOLTZ, 485.

18. Charte des droits — Droit de garder le silence — Visite d'un ami à un accusé détenu sous garde — Visite organisée par la police — Conversation enregistrée par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — La preuve viole-t-elle le droit de garder le silence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(ii), b)(iii).

R. C. BROYLES, 595.

19. Intérêt ou qualité pour agir — Association d'employeurs — Requête en jugement déclaratoire — L'association a-t-elle un intérêt suffisant pour contester la constitutionnalité des dispositions «anti-briseurs» de grève du Code du travail?

CONSEIL DU PATRONAT DU QUÉBEC INC. C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 685.

20. Charte des droits — Perquisition, fouille et saisie abusives — Policier ayant scellé des échantillons de sang pris sur un accusé à des fins médicales — Échantillons analysés par la suite en vertu

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

d'un mandat de perquisition valide — Y a-t-il eu violation de l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. TESSIER, 687.

21. Charte des droits — Recevabilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Échantillons de sang scellés par la police et analysés par la suite en vertu d'un mandat de perquisition valide — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. TESSIER, 687.

22. Partage des pouvoirs — Banques et opérations bancaires — Droits de la personne — Discrimination — Mandat de perquisition décerné par la Commission canadienne des droits de la personne contre une compagnie d'assurances à charte provinciale (Sun Life) — Plainte visant uniquement la société à charte fédérale (Banque de Montréal) et non la Sun Life — La Commission canadienne des droits de la personne a-t-elle compétence pour décerner un mandat de perquisition contre une société à charte provinciale?

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. SUN LIFE DU CANADA, CIE D'ASSURANCE-VIE, 689.

DROIT CRIMINEL

1. Menaces — Menace de viol — L'accusé a écrit des lettres à des meneuses de claqué de football et a menacé d'avoir des rapports sexuels avec elles même s'il devait les violer — Les lettres contenaient-elles une menace de causer des blessures graves? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 264.1(1)a).

R. C. McCRAW, 72.

2. Loteries — Loteries interdites par le Code criminel sauf celles tenues conformément aux modalités d'une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province — Accusés reconnus coupables d'avoir conseillé de tenir une loterie d'une manière non permise par les modalités de la licence — La non-publication des modalités dans la gazette officielle empêche-t-elle toute déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207 — Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 2(1), 11(2).

R. C. FURTNEY, 89.

3. Moyens de défense — Apparence de droit — Accusés reconnus coupables d'avoir tenu illégalement un bingo — Croyance erronée des accusés que les dispositions du Code criminel relatives aux loteries ne s'appliquaient pas aux loteries tenues dans une réserve indienne — La défense d'apparence de

DROIT CRIMINEL—Suite

droit peut-elle être invoquée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 206(1)d).

R. C. JONES, 110.

4. Meurtre par imputation — Partie à l'infraction — Les articles 213c) ou 21(2) du Code criminel violent-ils les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. SIT, 124.

5. Demande d'échantillon d'haleine — Refus de l'accusé de se soumettre à un alcootest A.L.E.R.T. — Disposition du Code criminel autorisant de donner l'ordre de fournir «immédiatement» un échantillon d'haleine — L'ordre donné s'inscrit-il dans le contexte de cette disposition? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 238(2), (5).

R. C. GRANT, 139.

6. La chose jugée comme fin de non-recevoir — Le pourvoi du ministère public ne porte que sur le premier des deux acquittements — Le second acquittement équivaut à une conclusion de fait que l'accusé ne conduisait pas le véhicule automobile au moment où il a été remarqué par la police — Le ministère public ne peut contester le premier acquittement.

R. C. GRANT, 139.

7. Preuve — Témoins — Contre-interrogatoire — Genre de questions proposées se rapportant à un fait incident — Faible pertinence — Exclusion à bon droit par le juge du procès du contre-interrogatoire — Maintien de la déclaration de culpabilité.

R. C. MEDDOU, 320.

8. Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Utilisation par le juge du procès de déclarations antérieures faites par le plaignant — Déclarations admissibles pour réfuter l'allégation de fabrication récente — Déclaration de culpabilité maintenue.

R. C. F. (H.), 322.

9. Prononcé de la sentence — Inadmissibilité à la libération conditionnelle — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré à la suite d'un nouveau procès — Peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant d'avoir purgé 25 ans prononcée en vertu des dispositions transitoires d'une loi modifiant le droit criminel — Période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle de 10 à 20 ans à l'époque du premier procès — Accusé non reconnu coupable et condamné en vertu d'une loi inapplicable — Légalité de la détention de l'accusé aux termes d'une disposition transitoire — Pourvoi rejeté.

R. C. STEWART, 324.

DROIT CRIMINEL—Suite

10. Preuve — Obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense — Témoin favorable à l'accusé interrogé par la police — Le ministère public n'a pas cité ce témoin et a refusé de produire les déclarations obtenues de lui — Le ministère public est-il tenu de divulguer les déclarations?

R. C. STINCHCOMBE, 326.

11. Séquestration — Plaidoyer de culpabilité — Coaccusé acquitté au procès — L'accusé devrait-il être autorisé à retirer son plaidoyer?

R. C. HICK, 383.

12. Jury — Questions du jury — Exposé du ministère public au jury — Juge du procès ayant involontairement induit le jury en erreur sur la possibilité d'obtenir de l'aide sur des questions de fait — Exposé du ministère public au jury ne constituant pas une présentation équitable et objective de sa preuve — Nouveau procès ordonné.

R. C. GROVER, 387.

13. Mandats de perquisition — Locaux d'un média — Saisie de bandes vidéo déjà diffusées — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1b), d), e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. LESSARD, 421.

14. Mandats de perquisition — Locaux d'un média — Existence d'autres sources de renseignements — Aucune indication de l'existence d'autres sources de renseignements dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande — Le mandat de perquisition est-il valide? — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté de la presse garanti par la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487(1b), d), e) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCUREUR GÉNÉRAL), 459.

15. Droit de garder le silence — Visite d'un ami à un accusé détenu sous garde — Visite organisée par la police — Conversation enregistrée par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — La preuve viole-t-elle le droit de garder le silence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(ii), b)(iii).

R. C. BROYLES, 595.

DROIT CRIMINEL—Fin

16. Preuve — Témoins — Habilité — Conjoints — Mari accusé d'avoir utilisé un document contrefait après avoir imité la signature de son épouse sur un chèque et l'avoir encaissé — Conjoints séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation — L'épouse de l'accusé est-elle habile à témoigner pour la poursuite? — Cette affaire se prête-t-elle à un changement par la cour de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner?

R. C. SALITURO, 654.

17. Menaces — Jeune contrevenant déclaré coupable d'avoir proféré des menaces de mort — Examen par le juge du procès d'éléments de preuve inadmissibles et préjudiciables — Inapplicabilité de la disposition réparatrice du Code criminel — Annulation de la déclaration de culpabilité.

R. C. S. (D.), 681.

18. Menaces — Un agent de sécurité de petite taille touche le bras de l'appelant — L'appelant lui répond des obscénités et menace de lui casser la gueule — L'appelant est arrêté pour avoir proféré une menace — La réaction de l'appelant à l'attaque est-elle justifiée?

R. C. C. (C.M.), 683.

19. Armes prohibées — Couteau dont la lame s'ouvre automatiquement par force centrifuge — Ce couteau est-il une arme prohibée?

R. C. VAUGHAN, 691.

20. Fouilles, perquisitions et saisies — Mandat décerné conformément à la Loi sur les stupéfiants en vue de perquisitionner dans une maison d'habitation privée — Crainte que des éléments de preuve puissent être détruits — La police n'a pas à annoncer sa présence si cela s'avère nécessaire pour empêcher la destruction d'éléments de preuve.

R. C. GIMSON, 692.

EXPROPRIATION

1. Délai pour contester le droit à l'expropriation — Défaut de contester l'expropriation dans les 30 jours de l'avis d'expropriation — Expropriés induits en erreur par la faute de l'expropriante quant à l'existence et la nature de leurs droits — Impossibilité en fait d'agir — Point de départ du délai de contestation suspendu.

AVRITH C. LAVAL (VILLE), 137.

2. Droit municipal — Réserve foncière — Conseil municipal autorisant par résolution l'expropriation d'un immeuble pour fins de réserve foncière — La Loi sur les cités et villes donne-t-elle aux municipalités un pouvoir d'expropriation pour fins de réserve foncière? — La mention «pour fins de réserve foncière» contenue à l'avis d'expropriation satisfait-elle aux exigences de l'art. 40 de

EXPROPRIATION—Fin

la Loi sur l'expropriation? — La résolution adoptée par le conseil municipal était-elle suffisante pour autoriser l'expropriation? — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 29.4, 570 — Loi sur l'expropriation, L.R.Q., ch. E-24, art. 40.

LEIRIAO C. VAL-BÉLAIR (VILLE), 349.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Chose jugée comme fin de non-recevoir — Abus de procédure — Diminution pour défaut de réduire la perte des dommages-intérêts accordés au demandeur pour perte de revenus par suite d'un accident de voiture — Demandeur réclamant plus tard des prestations d'invalidité en vertu d'un contrat d'assurance — Même question non tranchée dans les procédures antérieures.

ALTOBELLI C. PILOT INSURANCE CO., 132.

PRATIQUE

Taxation des dépens — Requête en révision de la décision du registraire adressée à un juge — Absence d'erreur de principe — Caractère raisonnable du temps consacré à la préparation du pourvoi — Requête rejetée — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 62.

BHATNAGER C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 317.

PREUVE

1. Privilège — Communications religieuses — Membre d'une Église accusée de meurtre — Utilisation en preuve des communications entre un pasteur et un membre de l'Église au sujet de son implication dans un meurtre — L'avocat a eu la possibilité de soulever un point en l'absence du jury — Les communications sont-elles protégées par un privilège de common law? — Subsidièrement, les communications sont-elles des communications confidentielles protégées et donc inadmissibles aux termes de la common law et de l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'absence de voir-dire formel a-t-elle empêché la tenue d'un procès équitable? — L'exposé au jury était-il de nature à empêcher la tenue d'un procès équitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).

R. C. GRUENKE, 263.

2. Enregistrement d'une conversation entre un accusé détenu sous garde et un ami — Enregistrement réalisé par l'ami muni d'un micro-émetteur de poche — Visite organisée par la police — La preuve viole-t-elle le droit de garder le silence garanti par l'art. 7? — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer

PREUVE—Fin

l'administration de la justice? — Y a-t-il lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du Code criminel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(ii), b(iii).

R. C. BROYLES, 595.

PROCÈS

Affaire renvoyée au tribunal de première instance par la Cour d'appel — Conclusion par la Cour d'appel qu'une des parties aurait conclu le contrat aux conditions existantes moins favorables plutôt qu'à celles stipulées — S'agit-il de l'énoncé de la question en litige ou bien d'une conclusion de fait? — Le juge de première instance siégeant à la nouvelle audition était-il lié par une conclusion tirée dans le premier arrêt de la Cour d'appel?

RAINBOW INDUSTRIAL CATERERS LTD. C. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA, 3.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Négligence — Déclaration inexacte — Dommages-intérêts — Calcul des dommages-intérêts.

RAINBOW INDUSTRIAL CATERERS LTD. C. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA, 3.

RESTITUTION

Enrichissement sans cause — Cotisation de taxes municipales contestée avec succès par un contribuable — Remboursement par la ville du trop-perçu de taxes — Réclamation par le contribuable des intérêts que la ville aurait réalisés sur le trop-perçu — Loi habilitant la ville à adopter un règlement autorisant le paiement d'intérêts sur les trop-perçus de taxes — Aucun règlement de cette nature adopté par la ville — Inapplicabilité de la théorie de l'enrichissement sans cause — Municipal Interest and Discount Rates Act, 1982, S.O. 1982, ch. 44, art. 6(1).

ZAIDAN GROUP LTD. C. LONDON (VILLE), 593.

TRIBUNAUX

1. Compétence — Délai déraisonnable — Arrêt des procédures — Cour d'appel non compétente pour entendre l'appel interjeté par le ministère public.

R. C. SHARMA, 119.

2. Chose jugée — Cause de l'action soumise à la Cour fédérale et aux divers organismes différente de la plainte de discrimination déposée en vertu du Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53.

ONTARIO (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. BUREAU NATIONAL D'EXAMEN DENTAIRE DU CANADA, 121.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9