



**Canada
Supreme Court
Reports**

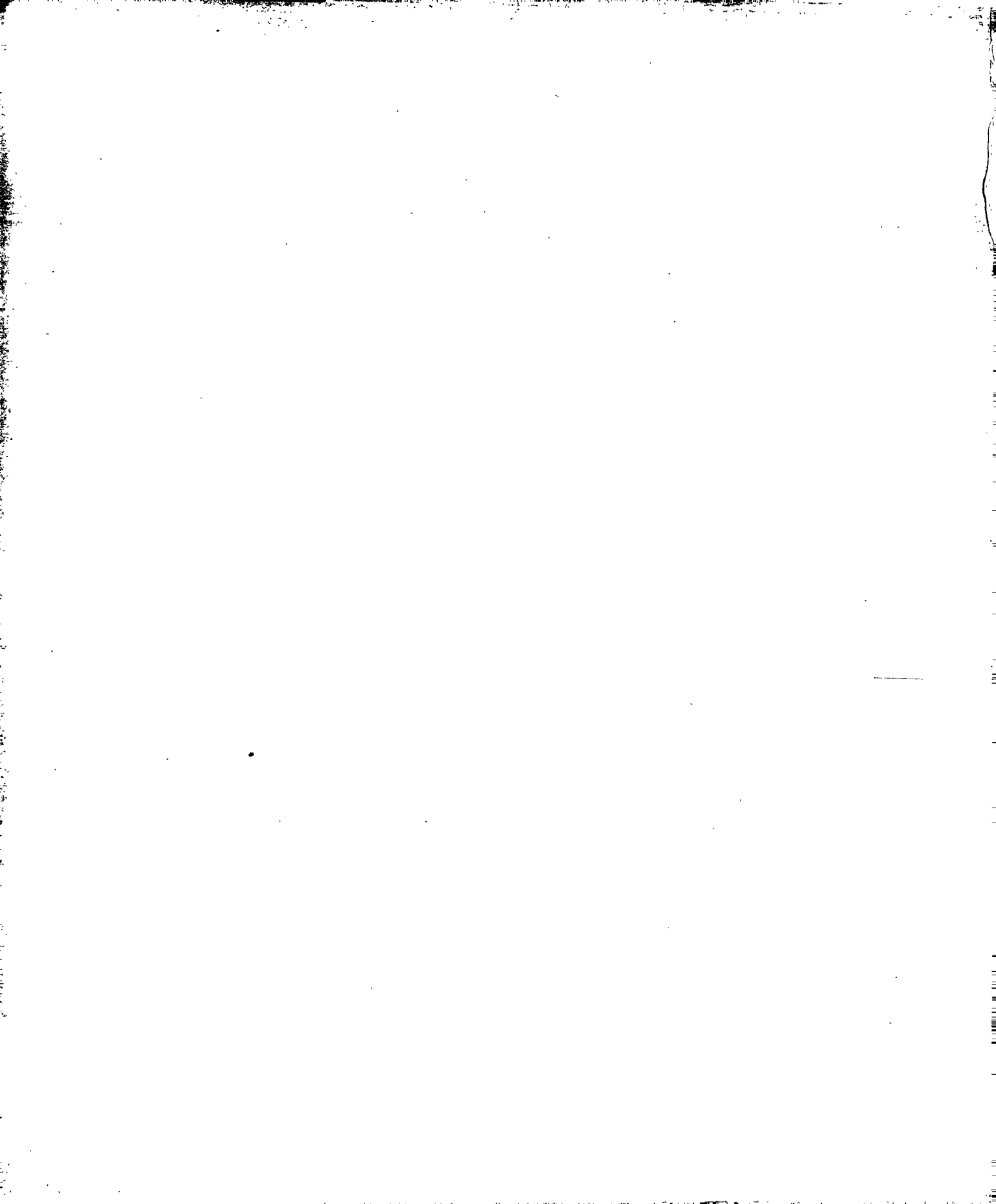
**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2003 Vol. 2

1^{er} cahier, 2003 Vol. 2

Cited as [2003] 2 S.C.R. 3-206

Renvoi [2003] 2 R.C.S. 3-206



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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	ARCHIBALD MCDONALD	NICOLA SUTTON
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	LESLI TAKAHASHI
ANDRES GARIN	LOUISE SAVARD	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON
SALLY GRIFFIN	IDA SMITH	

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI	Jurilinguists / Jurilinguistes CHRISTIAN C.-DESPRÉS	ROSALIE TO-THANH-HIEN
-----------------	--	-----------------------

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY
PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

Authorson v. Canada (Attorney General)40

Civil rights — Due process rights respecting property — Expropriation without compensation — Veterans' pension and allowances — Government administering pensions and other benefits for war veterans and failing to invest funds or pay interest — Legislation barring claim to interest for the period prior to 1990 — Whether due process protections of Canadian Bill of Rights guard against expropriation of property by passage of valid legislation — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, ss. 1(a), 2(e) — Department of Veterans Affairs Act, R.S.C. 1985, c. V-1, s. 5.1(4).

Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324.....157

Labour relations — Arbitration — Jurisdiction — Human rights — Collective agreement providing that probationary employee may be discharged at sole discretion of and for any reason satisfactory to employer and such discharge not subject to grievance and arbitration procedures — Probationary employee discharged shortly after return from maternity leave — Employee filing grievance — Whether grievance arbitrable — Whether substantive rights and obligations of Human Rights Code implicitly incorporated within all collective agreements over which arbitrator has jurisdiction — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(1), (12)(j) — Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 5(1).

Labour relations — Collective agreement — Grievance — Procedural requirements — Arbitration — Employment standards — Probationary employee discharged shortly after return from maternity leave — Employee filing grievance — Collective agreement providing that grievance must set out section of agreement that is alleged to have been violated — Employment Standards Act barring discrimination on basis of "pregnancy leave" explicitly incorporated within all collective agreements — Employment Standards Act claim not raised by Union at any stage of proceedings — Whether Union's failure to raise Employment Standards Act curable — Whether s. 64.5(4) of Employment Standards Act binding Union to prior decision not to seek enforcement of the Act — Whether Court of Appeal erred in raising and resolving appeal on basis of Employment Standards Act — Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 44, 64.5(1).

R. v. Asante-Mensah3

Trespass — Arrest — Arrest without warrant on premises by person authorized by occupier — Reasonable force — Whether a citizen can use reasonable force in making a lawful arrest under Ontario's Trespass to Property Act — Concept of arrest — Trespass to Property Act, R.S.O. 1990, c. T.21, s. 9.

Continued on next page

SOMMAIRE

Authorson c. Canada (Procureur général)40

Libertés civiles — Droit à l'application régulière de la loi quant à la jouissance des biens — Expropriation sans indemnisation — Pensions et allocations des anciens combattants — Gestion des pensions et autres allocations des anciens combattants par le gouvernement et défaut de celui-ci de les placer ou de verser des intérêts — Mesure législative rendant irrecevable toute demande visant les intérêts pour la période antérieure à 1990 — Les garanties d'application régulière de la loi établies dans la Déclaration canadienne des droits protègent-elles contre l'expropriation découlant de l'adoption d'une loi valide? — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch.44, art. 1(a), 2(e) — Loi sur le ministère des Anciens combattants, L.R.C. 1985, ch. V-1, art. 5.1(4).

Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324.....157

Relations de travail — Arbitrage — Compétence — Droits de la personne — Convention collective prévoyant que l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et qu'une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être soumise à l'arbitrage — Employée à l'essai congédiée peu après son retour du congé de maternité — Dépôt d'un grief par l'employée — Le grief est-il arbitrable? — Les droits et obligations substantiels prévus par le Code des droits de la personne sont-ils implicitement incorporés dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence? — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1), (12)j) — Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1).

Relations de travail — Convention collective — Grief — Exigences procédurales — Arbitrage — Normes d'emploi — Employée à l'essai congédiée peu après son retour du congé de maternité — Dépôt d'un grief par l'employée — Convention collective prévoyant que le grief doit préciser la disposition de la convention collective qui aurait été violée — La Loi sur les normes d'emploi interdisant la discrimination fondée sur le « congé de maternité » est explicitement incorporée dans toutes les conventions collectives — Devant aucune instance, le syndicat n'a présenté sa plainte en vertu de la Loi sur les normes d'emploi — Peut-on remédier à l'omission d'invoquer la Loi sur les normes d'emploi? — En vertu de l'art. 64.5(4) de la Loi sur les normes d'emploi, le syndicat est-il lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer la Loi? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en se reportant à la Loi sur les normes d'emploi et en tranchant l'affaire sur ce fondement? — Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 44, 64.5(1).

R. c. Asante-Mensah3

Intrusion — Arrestation — Arrestation sans mandat effectuée sur place par une personne autorisée à cet effet par

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Williams.....134

Criminal law — Aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations with complainant during their 18-month relationship — Five months into relationship, accused learning he was HIV-positive but failing to disclose his HIV status to complainant — Complainant likely already infected before accused learned he was HIV-positive — Whether Crown can prove endangerment of complainant's life beyond reasonable doubt — Whether accused guilty of aggravated assault — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 268(1).

Criminal law — Attempted aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations with complainant during their 18-month relationship — Five months into relationship, accused learning he was HIV-positive but failing to disclose his HIV status to complainant — Whether accused guilty of attempted aggravated assault — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 24(1), 265(1)(a), 268(1), 660.

Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia.....63

Constitutional law — Extraterritorial limitation on provincial legislation — Applicability of reimbursement provisions of Ontario regulatory scheme to out-of-province insurer.

Insurance — Motor vehicles — Interprovincial motor vehicle liability insurance — Arbitrator — Jurisdiction — Ontario residents injured while travelling in British Columbia — Ontario residents receiving statutory accident benefits under Ontario policy from Ontario insurer — British Columbia law permitting insurer in that province to deduct from damages payable amount of benefits received by insured under automobile insurance “wherever” issued — Ontario Insurance Act not permitting deduction but providing for indemnification of no-fault insurer by tortfeasors' insurer for benefits paid — Jurisdiction of arbitrator appointed under Ontario Insurance Act to decide issues of jurisdiction simpliciter, forum conveniens and choice of law — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 275.

SOMMAIRE (Fin)

l'occupant des lieux — Force raisonnable — Un citoyen peut-il employer une force raisonnable pour effectuer une arrestation légale en vertu de la Loi sur l'entrée sans autorisation de l'Ontario? — Notion d'arrestation — Loi sur l'entrée sans autorisation, L.R.O. 1990, ch. T.21, art. 9.

R. c. Williams.....134

Droit criminel — Voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — Plaignante probablement déjà infectée avant que l'accusé apprenne qu'il était séropositif — Le ministère public peut-il prouver hors de tout doute raisonnable que la vie de la plaignante a été mise en danger? — L'accusé est-il coupable de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 268(1).

Droit criminel — Tentative de voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — L'accusé est-il coupable de tentative de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 24(1), 265(1)a), 268(1), 660.

Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia.....63

Droit constitutionnel — Limites de la portée extraterritoriale d'une loi provinciale — Applicabilité à un assureur de l'extérieur de la province des dispositions en matière d'indemnisation entre assureurs prévues par le régime de réglementation ontarien.

Assurance — Véhicules automobiles — Assurance-responsabilité automobile interprovinciale — Arbitre — Compétence — Résidents de l'Ontario victimes d'un accident de la route en Colombie-Britannique — Indemnités d'accident légales versées à ces résidents de l'Ontario en vertu d'une police émise en Ontario par un assureur de cette province — Loi de la Colombie-Britannique permettant aux assureurs dans cette province de déduire des dommages-intérêts les indemnités reçues par les assurés en vertu d'une police d'assurance automobile « peu importe » où elle a été émise — Déduction en question non permise par la Loi sur les assurances de l'Ontario qui pourvoit toutefois à l'indemnisation par l'assureur de l'auteur du délit civil de l'assureur ayant versé les indemnités hors-faute — Pouvoir de l'arbitre nommé en vertu de la Loi sur les assurances de l'Ontario de statuer sur les questions de la simple reconnaissance de compétence, du forum conveniens et du choix du droit applicable — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 275.

**Canada
Supreme Court
Reports**

Volume 2, 2003

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

2^e volume, 2003

Daniel Asante-Mensah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ASANTE-MENSAH

Neutral citation: 2003 SCC 38.

File No.: 28867.

2002: November 7; 2003: July 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Trespass — Arrest — Arrest without warrant on premises by person authorized by occupier — Reasonable force — Whether a citizen can use reasonable force in making a lawful arrest under Ontario's Trespass to Property Act — Concept of arrest — Trespass to Property Act, R.S.O. 1990, c. T.21, s. 9.

The appellant, a taxi driver, repeatedly “scooped” fares at the arrivals level of Pearson International Airport (Toronto) without a permit, contrary to regulations. He continued to do so, notwithstanding having received notice under s. 3 of the provincial *Trespass to Property Act* (“TPA”) prohibiting entry for any purpose onto airport property. He shrugged off the fines resulting from charges of trespass. In an effort to control the problem of taxi drivers, including the appellant, soliciting fares without proper licences on airport premises, the airport authorities decided to exercise their power of “citizen’s” arrest under s. 9 of the TPA. This appeal arose from an incident where an airport inspector approached the appellant, touched his shoulder, and informed him that he was under arrest for trespassing and that he would be detained for police arrival. The appellant attempted to enter his vehicle to flee the scene but the inspector blocked his way. During the confrontation, the appellant shoved his car door into the person of the inspector to cause him to back off and fled. The trial judge concluded that the appellant could not be convicted of resisting a lawful arrest because the inspector used “reasonable force” to make the arrest but was not authorized to do so. The Court of

Daniel Asante-Mensah *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. ASANTE-MENSAH

Référence neutre : 2003 CSC 38.

N° du greffe : 28867.

2002 : 7 novembre; 2003 : 11 juillet.

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

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

Intrusion — Arrestation — Arrestation sans mandat effectuée sur place par une personne autorisée à cet effet par l'occupant des lieux — Force raisonnable — Un citoyen peut-il employer une force raisonnable pour effectuer une arrestation légale en vertu de la Loi sur l'entrée sans autorisation de l'Ontario? — Notion d'arrestation — Loi sur l'entrée sans autorisation, L.R.O. 1990, ch. T.21, art. 9.

L'appelant, chauffeur de taxi, a à maintes reprises pris sans permis des clients au niveau des arrivées de l'Aéroport international Pearson de Toronto, en contravention du règlement. Il a continué de le faire même après avoir reçu un avis fondé sur l'art. 3 de la *Loi sur l'entrée sans autorisation* de l'Ontario (« LESA »), qui lui interdisait l'accès à quelque fin que ce soit au terrain de l'aéroport. Il n'a pas acquitté les amendes résultant des accusations d'entrée sans autorisation. Dans le but de résoudre le problème des chauffeurs de taxi, dont l'appelant, qui sollicitaient, sans le permis requis, des clients à l'aéroport, les autorités aéroportuaires ont décidé d'exercer le pouvoir d'arrestation par un « simple citoyen », que leur confère l'art. 9 LESA. Le présent pourvoi résulte d'un épisode au cours duquel un inspecteur de l'aéroport s'est approché de l'appelant, l'a touché à l'épaule et l'a informé qu'il était en état d'arrestation pour entrée sans autorisation et qu'il serait détenu jusqu'à l'arrivée de la police. L'appelant a tenté de gagner son véhicule pour s'enfuir, mais l'inspecteur lui a barré la route. Pendant l'affrontement, l'appelant s'est enfui après avoir ouvert la portière de sa voiture en la poussant sur l'inspecteur pour le forcer à reculer. Le juge du procès a décidé que l'appelant ne pouvait être déclaré coupable d'avoir résisté

Appeal set aside the acquittal and substituted a conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

The word “arrest” has a well-understood meaning at common law. It is a term of art. Unless the context otherwise dictates, the court should interpret the word as it appears in s. 9 of the *TPA* in accordance with the common law of arrest. Otherwise, there is no guidance at all to occupiers about how to “arrest” somebody, let alone what conduct the occupier is permitted and what is not permitted, and conversely, what are the rights of the alleged trespasser.

“Arrest” in the context of the *TPA* should therefore be seen as a continuing status initiated by words accompanied by physical touching or submission and ending with delivery to the police, maintained as necessary with a force that is no more than reasonable in all the circumstances. The occupier is permitted the means (reasonable force) to fulfill the duty (delivery of the person arrested) to achieve the purpose of the arrest (to terminate the trespass and bring the trespasser to the police to be dealt with according to law).

The *TPA* relates to a highly specific and limited offence. The effect of denying the occupier the right to use any degree of force would be to subject him or her to tort claims because of the attempt to deliver the arrested person to the police in compliance with s. 9(2) of the *TPA*. Where a lawful arrest under the *TPA* occasions some intentional pushing and shoving, the question is, who should be treated as the wrongdoer, the person performing the arrest or the arrested person? The legislature should not be taken as intending to lay on the occupier a duty to deliver the person arrested to the police and at the same time impose civil or criminal liability for the use of reasonable force necessary for its fulfilment.

An occupier is therefore entitled to use reasonable force both to initiate the status of arrest and to maintain it. Once the trespasser is delivered to the police, s. 9(3) of the *TPA* deems that the officer has made the arrest. At that point, it will be out of the hands of the occupier to determine if the arrest should be maintained or whether lesser measures suffice.

à une arrestation légale parce que l’inspecteur avait, sans être autorisé à le faire, employé une « force raisonnable » pour effectuer l’arrestation. La Cour d’appel a annulé l’acquittement et substitué une déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le mot « arrestation » a un sens bien connu en common law. C’est un terme technique. À moins que le contexte ne s’y oppose, les tribunaux doivent interpréter le mot figurant à l’art. 9 *LESA* conformément aux principes de common law en matière d’arrestation. Du reste, aucune indication n’est donnée aux occupants quant à la façon d’« arrêter » quelqu’un, encore moins quant au comportement que l’occupant peut adopter, ni, à l’inverse, quant à la nature des droits du présumé intrus.

L’« arrestation », dans le contexte de la *LESA*, doit donc être considérée comme un état continu, créé par des mots accompagnés d’un toucher physique ou d’une soumission et se terminant au moment où la garde de la personne arrêtée est confiée à la police, lequel état peut être maintenu, si nécessaire, au moyen d’une force ne dépassant pas ce qui est raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. On donne à l’occupant les moyens (force raisonnable) de s’acquitter de son obligation (de confier à la police la garde de la personne arrêtée) de manière à réaliser l’objet de l’arrestation (mettre fin à l’entrée sans autorisation et livrer l’intrus à la police pour qu’il soit traité selon la loi).

La *LESA* a trait à une infraction très particulière et limitée. Refuser à l’occupant le droit d’employer quelque force que ce soit aurait pour effet de l’exposer à une action en responsabilité civile pour avoir tenté de confier à la police la garde de la personne arrêtée, conformément au par. 9(2) *LESA*. Lorsqu’une arrestation légale fondée sur la *LESA* donne lieu à une bousculade délibérée, il faut se demander qui de la personne qui effectue l’arrestation ou de la personne arrêtée doit être considérée comme fautive. On ne saurait considérer que le législateur a voulu imposer à l’occupant une obligation de confier à la police la garde de la personne arrêtée, et permettre, du même coup, que la responsabilité civile et criminelle de l’occupant soit engagée lorsqu’il emploie la force raisonnable nécessaire pour s’acquitter de cette obligation.

Un occupant a donc le droit d’employer une force raisonnable pour établir l’état d’arrestation et le maintenir. Aux termes du par. 9(3) *LESA*, le policier qui se voit confier la garde de l’intrus est réputé avoir procédé à son arrestation. Dès lors, il n’appartient plus à l’occupant de décider s’il y a lieu de maintenir l’état d’arrestation ou si des mesures moindres suffisent.

The ability to use force is necessary to the efficacy of the arrest power because it often provides a necessary precondition to securing the submission of the person arrested. The use of reasonable force is therefore supported not only by the incidents of arrest at common law but also by s. 28(b) of the Ontario *Interpretation Act*.

The courts below rejected the appellant's *Charter* challenge to s. 9 of the *TPA* based on s. 7 ("fundamental justice") and s. 9 ("arbitrary detention or imprisonment"). The challenge was not renewed here.

"Reasonable force" in the context of the *TPA* will have regard not only to what force is necessary to accomplish the arrest, but also to whether a forcible arrest was in all the circumstances a reasonable course of action in the first place.

Since many trespasses are of trivial importance, they are best handled by means short of an arrest. The latitude shown to police officers, who are under a duty to act and must often react in difficult and exigent circumstances, will not necessarily be shown to an occupier who is under no duty to act and who instigates a confrontation with a trespasser.

The arrest was a reasonable course of action on the facts of this case. All other attempts to secure the appellant's compliance had failed. The amount of force applied by the inspector was, on the facts of this case, no more than was reasonable.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Lerke* (1986), 24 C.C.C. (3d) 129; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Page*, [1964] O.J. No. 383 (QL); *Holgate-Mohammed v. Duke*, [1984] A.C. 437; *Murray v. Ministry of Defence*, [1988] 1 W.L.R. 692; *King v. Poe* (1866), 15 L.T.R. (N.S.) 37; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *R. v. Whitfield*, [1970] S.C.R. 46; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *Hussien v. Chong Fook Kam*, [1970] A.C. 942; *Sandon v. Jervis* (1859), El. Bl. & El. 942, 120 E.R. 760; *Nicholl v. Darley* (1828), 2 Y. & J. 399, 148 E.R. 974; *Genner v. Sparks* (1704), 6 Mod. Rep. 173, 87 E.R. 928; *Spicer v. Holt*, [1977] A.C. 987; *Grainger v. Hill* (1838), 4 Bing. (N.C.) 212, 132 E.R. 769; *Alderich v. Humphrey* (1898), 29 O.R. 427; *Higgins v. MacDonald* (1928), 50 C.C.C. 353; *R. v. Platten* (2000), 258 A.R. 153; *R. v. Morris* (2001), 283 A.R. 272; *Dedman v. The Queen*,

L'efficacité du pouvoir d'arrestation dépend de la capacité d'employer la force étant donné que cette capacité est souvent la condition préalable nécessaire pour obtenir la soumission de la personne arrêtée. L'emploi d'une force raisonnable est donc étayé non seulement par les éléments accessoires de l'arrestation en common law, mais également par l'al. 28b) de la *Loi d'interprétation* de l'Ontario.

Les tribunaux d'instance inférieure ont rejeté la contestation par l'appellant de l'art. 9 *LESA*, qui était fondée sur l'art. 7 (« justice fondamentale ») et sur l'art. 9 (« détention ou emprisonnement arbitraire ») de la *Charte*. Cette contestation n'a pas été réitérée devant notre Cour.

Dans le contexte de la *LESA*, la « force raisonnable » se rapporte non seulement à la force nécessaire pour effectuer l'arrestation, mais également à la question de savoir si l'arrestation par la force constituait, au départ, une ligne de conduite raisonnable compte tenu de toutes les circonstances.

Vu que plusieurs entrées sans autorisation ont peu d'importance, il est préférable de les traiter sans recourir à l'arrestation. La latitude laissée aux policiers qui ont l'obligation d'agir et qui doivent souvent réagir à des situations difficiles et urgentes n'est pas nécessairement laissée à l'occupant qui n'a aucune obligation d'agir et qui amorce un affrontement avec un intrus.

L'arrestation était une ligne de conduite raisonnable à la lumière des faits de la présente affaire. Toutes les autres tentatives d'obtenir la soumission de l'appellant avaient échoué. Compte tenu des faits de la présente affaire, la force employée par l'inspecteur ne dépassait pas ce qui était raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Lerke* (1986), 24 C.C.C. (3d) 129; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Page*, [1964] O.J. No. 383 (QL); *Holgate-Mohammed c. Duke*, [1984] A.C. 437; *Murray c. Ministry of Defence*, [1988] 1 W.L.R. 692; *King c. Poe* (1866), 15 L.T.R. (N.S.) 37; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *Christie c. Leachinsky*, [1947] A.C. 573; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *R. c. Whitfield*, [1970] R.C.S. 46; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *Hussien c. Chong Fook Kam*, [1970] A.C. 942; *Sandon c. Jervis* (1859), El. Bl. & El. 942, 120 E.R. 760; *Nicholl c. Darley* (1828), 2 Y. & J. 399, 148 E.R. 974; *Genner c. Sparks* (1704), 6 Mod. Rep. 173, 87 E.R. 928; *Spicer c. Holt*, [1977] A.C. 987; *Grainger c. Hill* (1838), 4 Bing. (N.C.) 212, 132 E.R. 769; *Alderich c. Humphrey* (1898), 29 O.R. 427; *Higgins c. MacDonald* (1928), 50 C.C.C. 353; *R. c. Platten* (2000), 258 A.R. 153; *R. c. Morris* (2001), 283 A.R. 272; *Dedman c. La*

[1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311; *R. v. Cunningham* (1979), 49 C.C.C. (2d) 390; *R. v. Tricker* (1995), 96 C.C.C. (3d) 198; *R. v. Ambrose*, [1999] O.J. No. 3607 (QL); *Spencer v. Pollard* (1989), 68 O.R. (2d) 730; *Pozniak v. Sault Ste. Marie Police Services Board* (2000), 139 O.A.C. 186; *Mobarakizadeh v. Viking Rideau Corp.*, [2001] O.J. No. 5045 (QL); *Diggs v. Century Investigation and Security Services Inc.*, [2002] O.J. No. 4251 (QL); *MacDonald v. Hees* (1974), 46 D.L.R. (3d) 720; *Mullins v. Levenick*, [1998] N.B.J. No. 60 (QL); *Chopra v. Eaton (T.) Co.* (1999), 240 A.R. 201; *Briggs v. Laviolette* (1994), 21 C.C.L.T. (2d) 105; *R. v. Freaque* (1990), 85 Nfld. & P.E.I.R. 25; *Cluett v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 216; *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56; *Besse v. Thom* (1979), 96 D.L.R. (3d) 657, rev'd (1979), 107 D.L.R. (3d) 694; *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211; *R. v. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482.

Statutes and Regulations Cited

Act to provide for the Summary Punishment of Petty Trespasses and other offences, S.U.C. 1834, 4 Wm. 4, c. 4, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9.
Coastal Fisheries Protection Act, R.S.C. 1985, c. C-33, s. 8 [am. 1999, c. 19, s. 5].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 25, 41(1), 145(1) [rep. & sub. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 20], 270(1), (2), 494.
Fish and Wildlife Conservation Act, 1997, S.O. 1997, c. 41, s. 93(2).
Fish Inspection Act, R.S.O. 1990, c. F.18, s. 7(3) [am. 1999, c. 12, Sch. N, s. 2(2)].
Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 55, 138.
Interpretation Act, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 28.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 154 [am. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 48; am. 1998, c. 35, s. 92(d)].
Occupiers' Liability Act, S.O. 1980, c. 14.
Petty Trespass Act, R.S.N.L. 1990, c. P-11, s. 4.
Petty Trespass Act, R.S.O. 1970, c. 347.
Petty Trespasses Act, R.S.M. 1987, c. P50, s. 2.
Protection of Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 363, s. 6.
Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33, ss. 146, 147.
Statute of Winchester, 13 Edw. 1, Stat. 2, c. 1, 2, 4, 6.
Trespass Act, R.S.B.C. 1996, c. 462, ss. 8, 9, 10.
Trespass Act, S.N.B. 1983, c. T-11.2, s. 7.
Trespass to Premises Act, R.S.A. 2000, c. T-7, s. 5.
Trespass to Property Act, R.S.O. 1990, c. T.21, ss. 2, 3, 4, 9.
Trespass to Property Act, R.S.P.E.I. 1988, c. T-6, s. 5.

Reine, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311; *R. c. Cunningham* (1979), 49 C.C.C. (2d) 390; *R. c. Tricker* (1995), 96 C.C.C. (3d) 198; *R. c. Ambrose*, [1999] O.J. No. 3607 (QL); *Spencer c. Pollard* (1989), 68 O.R. (2d) 730; *Pozniak c. Sault Ste. Marie Police Services Board* (2000), 139 O.A.C. 186; *Mobarakizadeh c. Viking Rideau Corp.*, [2001] O.J. No. 5045 (QL); *Diggs c. Century Investigation and Security Services Inc.*, [2002] O.J. No. 4251 (QL); *MacDonald c. Hees* (1974), 46 D.L.R. (3d) 720; *Mullins c. Levenick*, [1998] A.N.-B. n° 60 (QL); *Chopra c. Eaton (T.) Co.* (1999), 240 A.R. 201; *Briggs c. Laviolette* (1994), 21 C.C.L.T. (2d) 105; *R. c. Freaque* (1990), 85 Nfld. & P.E.I.R. 25; *Cluett c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 216; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56; *Besse c. Thom* (1979), 96 D.L.R. (3d) 657, inf. par (1979), 107 D.L.R. (3d) 694; *R. c. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211; *R. c. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482.

Lois et règlements cités

Act to provide for the Summary Punishment of Petty Trespasses and other offences, S.U.C. 1834, 4 Wm. 4, ch. 4, art. 5.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 25, 41(1), 145(1) [abr. & rempl. 1985, ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 20], 270(1), (2), 494.
Loi d'interprétation, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 28.
Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune, L.O. 1997, ch. 41, art. 93(2).
Loi sur l'entrée sans autorisation, L.R.O. 1990, ch. T.21, art. 2, 3, 4, 9.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 55, 138.
Loi sur l'inspection du poisson, L.R.O. 1990, ch. F.18, art. 7(3) [mod. 1999, ch. 12, ann. N, art. 2(2)].
Loi sur l'intrusion, L.R.M. 1987, ch. P50, art. 2.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 154 [mod. 1985, ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 48; mod. 1998, ch. 35, art. 92d].
Loi sur la protection des pêches côtières, L.R.C. 1985, ch. C-33, art. 8 [mod. 1999, ch. 19, art. 5].
Loi sur les actes d'intrusion, L.N.-B. 1983, ch. T-11.2, art. 7.
Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33, art. 146, 147.
Occupiers' Liability Act, S.O. 1980, ch. 14.
Petty Trespass Act, R.S.N.L. 1990, ch. P-11, art. 4.
Petty Trespass Act, R.S.O. 1970, ch. 347.
Protection of Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 363, art. 6.
Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373.
Statute of Winchester, 13 Edw. 1, Stat. 2, ch. 1, 2, 4, 6.
Trespass Act, R.S.B.C. 1996, ch. 462, art. 8, 9, 10.

Trespass to Property Act, 1980, S.O. 1980, c. 15.

Authors Cited

- Anand, Raj. *Task Force on the Law Concerning Trespass to Publicly-Used Property as it Affects Youth and Minorities*. Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1987.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 41. *Arrest*. Ottawa: The Commission, 1985.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
- Halsbury's Laws of England*, vol. II(I), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London: Butterworths, 1990.
- Hawkins, William. *A Treatise of the Pleas of the Crown; or, A system of the principal matters relating to that subject, digested under proper heads*, 8th ed., vol. II. London: S. Sweet, 1824.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. III, 2nd imp. London: Methuen & Co., 1973.
- McLeod, Ross. *Parapolice: A Revolution in the Business of Law Enforcement*. Toronto: Boheme Press, 2002.
- Ontario. Pearson International Airport Taxi and Limousine Task Force. *Report to the Ontario Minister of Municipal Affairs*. Toronto: The Task Force, 1990.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Discussion Paper on Occupiers' Liability and Trespass to Property*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1979.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *This land is whose land? A legal guide to property protection rights*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Rigakos, George S. *The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.
- Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 2003, release 18).
- Stenning, Philip C., and Clifford D. Shearing. *Search and Seizure: Powers of Private Security Personnel*. Study paper prepared for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: The Commission, 1979.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. I. London: MacMillan and Co., 1883.

Trespass to Premises Act, R.S.A. 2000, ch. T-7, art. 5.
Trespass to Property Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. T-6, art. 5.
Trespass to Property Act, 1980, S.O. 1980, ch. 15.

Doctrine citée

- Anand, Raj. *Task Force on the Law Concerning Trespass to Publicly-Used Property as it Affects Youth and Minorities*. Toronto : Ontario Ministry of the Attorney General, 1987.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 6. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1823.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 41. *L'arrestation*. Ottawa : La Commission, 1985.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 1. Toronto : Carswell, 1989.
- Halsbury's Laws of England*, vol. II(I), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London : Butterworths, 1990.
- Hawkins, William. *A Treatise of the Pleas of the Crown; or, A system of the principal matters relating to that subject, digested under proper heads*, 8th ed., vol. II. London : S. Sweet, 1824.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. III, 2nd imp. London : Methuen & Co., 1973.
- McLeod, Ross. *Parapolice : A Revolution in the Business of Law Enforcement*. Toronto : Boheme Press, 2002.
- Ontario. Pearson International Airport Taxi et Limousine Task Force. *Report to the Ontario Minister of Municipal Affairs*. Toronto : The Task Force, 1990.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Discussion Paper on Occupiers' Liability and Trespass to Property*. Toronto : Ministry of the Attorney General, 1979.
- Ontario. Ministère du Procureur général. *À qui cette terre? Guide légal des droits de protection des propriétés*. Toronto : Ministère du Procureur général, 1987.
- Rigakos, George S. *The New Parapolice : Risk Markets and Commodified Social Control*. Toronto : University of Toronto Press, 2002.
- Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 2003, release 18).
- Stenning, Philip C., et Clifford D. Shearing. *Perquisition, fouille et saisie : Les pouvoirs des agents de sécurité du secteur privé*. Étude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa : La Commission, 1980.
- Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. I. London : MacMillan and Co., 1883.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 204 D.L.R. (4th) 51, 150 O.A.C. 325, 157 C.C.C. (3d) 481, [2001] O.J. No. 3819 (QL), dismissing the accused's appeal against the convictions for escaping lawful custody and allowing the Crown's appeal against the acquittal of assault with intent to resist arrest by the Ontario Court of Justice (General Division), [1996] O.J. No. 1821 (QL). Appeal dismissed.

Jennifer D. Thompson and Michael W. Lacy, for the appellant.

Scott C. Hutchison, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 **BINNIE J.** — This appeal requires us to consider whether a citizen, in making an arrest that is otherwise lawful under s. 9 of the Ontario *Trespass to Property Act*, R.S.O. 1990, c. T.21 (“TPA”), can use reasonable force.

2 The question is important because the TPA (like equivalent trespass statutes in other provinces) is the workhorse of private security services in their patrol of the shopping malls, airports, sports stadiums and other private spaces where the public tends to congregate.

3 The question divided the courts below. The trial judge found that a private individual has no right to use force in effecting a citizen's arrest for a minor offence such as trespass. He also highlighted the policy implications of such a rule, expressing particular concern about the risk of an escalation of violence and the prospect of injury. In his view, the public interest would not be served by authorizing persons “other than peace officers who are trained in the limits and safe avenues of use of force” ([1996] O.J. No. 1821 (QL), at para. 182) to use physical force against other persons.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 204 D.L.R. (4th) 51, 150 O.A.C. 325, 157 C.C.C. (3d) 481, [2001] O.J. No. 3819 (QL), rejetant l'appel de l'accusé contre les déclarations de culpabilité d'évasion d'une garde légale, et accueillant l'appel du ministère public contre l'acquittal prononcé par la Cour de justice de l'Ontario (Division générale), [1996] O.J. No. 1821 (QL), relativement à l'accusation de voies de fait commises dans l'intention de résister à une arrestation. Pourvoi rejeté.

Jennifer D. Thompson et Michael W. Lacy, pour l'appellant.

Scott C. Hutchison, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Nous devons déterminer, en l'espèce, si un citoyen qui effectue une arrestation par ailleurs légale en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur l'entrée sans autorisation* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. T.21 (« LESA »), peut employer une force raisonnable.

L'importance de la question découle du fait que la LESA (à l'instar d'autres lois provinciales équivalentes en matière d'entrée sans autorisation) est l'outil de travail fondamental des agents de sécurité privés qui effectuent des rondes de surveillance dans les centres commerciaux, les aéroports, les stades et autres lieux de rassemblement privés.

La question a divisé les tribunaux d'instance inférieure. Le juge du procès a conclu qu'un particulier n'a pas le droit d'employer la force en procédant à l'arrestation d'un citoyen ayant commis une infraction mineure comme l'entrée sans autorisation. Il a également souligné les répercussions générales d'une telle règle, se disant particulièrement préoccupé par le risque d'escalade de violence et la possibilité que des blessures soient causées. Selon lui, il ne serait pas conforme à l'intérêt public de permettre à d'autres personnes — [TRADUCTION] « que des agents de la paix ayant reçu une formation sur les limites de l'emploi de la force et sur l'emploi sans danger de la force » ([1996] O.J. No. 1821 (QL), par. 182) — à employer la force physique contre autrui.

The Court of Appeal disagreed. In its view, where the power of arrest exists, stand-offs between the parties are to some extent inevitable, and “[t]he issue is who becomes the wrongdoer if force is used” ((2001), 204 D.L.R. (4th) 51, at para. 63). Physical restraint, or submission to the prospect of physical restraint, is inherent in the concept of arrest. The proper and effective limitation on the occupier’s use of force is not to deny the right altogether but to focus on what is reasonable in all the circumstances. With respect, I believe the decision of the Court of Appeal properly reflects the legislative intent behind s. 9 of the *TPA*. I would therefore dismiss the appeal.

I. The Facts

The appellant, a self-professed “scooper” at Toronto’s Pearson Airport, has shown what the trial judge described as “an unrelenting pattern of contempt” (para. 121) for the efforts of the authorities to regulate the taxi and limousine business on their premises.

“Scoopers” pick up fares at the arrivals level without a permit, contrary to the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373. The airport authorities believe that they are accountable to the public for the quality of taxi and limousine services. The trial judge described the pre-GACO system as something of a free-for-all “characterized by poor service, some substandard vehicles, allegations of chicanery and a lack of control which was occasionally reflected in violence” (para. 19). The 1990 Bartlett Report (prepared for the Ontario Minister of Municipal Affairs) agreed with the conclusion of the federal airport authorities that a dedicated fleet of vehicles is the best option for providing the public with an acceptable level of service at a reasonable cost.

La Cour d’appel a exprimé son désaccord. À son avis, lorsqu’un pouvoir d’arrestation existe, des confrontations entre les parties sont en quelque sorte inévitables, et [TRADUCTION] « [i]l s’agit de déterminer qui devient fautif si la force est employée » ((2001), 204 D.L.R. (4th) 51, par. 63). La contrainte physique — ou la soumission à la perspective de subir une contrainte physique — fait partie intégrante de la notion d’arrestation. La limite qu’il convient d’imposer à l’emploi de la force par l’occupant des lieux consiste non pas à lui refuser complètement l’exercice de ce droit, mais à mettre l’accent sur ce qui est raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. En toute déférence, je crois que l’arrêt de la Cour d’appel reflète bien l’intention législative qui sous-tend l’art. 9 *LESA*. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

L’appelant, qui se qualifie lui-même de « *scoop-er* » à l’aéroport Pearson de Toronto, a manifesté ce que le juge du procès a qualifié de [TRADUCTION] « mépris constant » (par. 121) à l’égard des efforts déployés par les autorités en vue de réglementer l’exploitation d’entreprises de taxi et de limousine à l’aéroport.

Les « *scoopers* » prennent, sans permis, des clients au niveau des arrivées, en contravention du *Règlement sur l’exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373. Les autorités aéroportuaires croient devoir répondre au public de la qualité des services de taxi et de limousine. Le juge du procès a affirmé qu’avant le règlement ECAG il régnait une sorte de loi de la jungle [TRADUCTION] « caractérisée par un service lamentable, des véhicules non conformes aux normes, des allégations de magouille et une absence de restrictions qui engendrait parfois de la violence » (par. 19). Le rapport Bartlett de 1990 (préparé pour le ministre des Affaires municipales de l’Ontario) a souscrit à la conclusion des autorités aéroportuaires fédérales selon laquelle une flotte de véhicules spécialisée constituait le meilleur moyen d’offrir au public une qualité acceptable de service à un coût raisonnable.

4

5

6

7 Permits are now issued only to a dedicated, licensed fleet of vehicles. The appellant and about 65 other “scoopers” actively challenged this system by regularly soliciting travellers at the airport.

8 The inspectors employed by the airport authority, now a privatized entity, laid charges of trespass from time to time but these apparently had little deterrent effect. The charges were difficult to prove, because out-of-province airport users were generally not available to testify in court. Where a conviction was obtained, the fines were modest. The 1990 Bartlett Report observed that “small fines could be regarded simply as a cost of doing business . . .” (p. 12).

9 On June 4, 1990, the airport authorities issued notices under s. 3 of the *TPA* to scoopers, including the appellant, prohibiting entry for *any* purpose onto airport property. Disobedience to the notices led to charges of trespass.

10 In the year ending July 1991, the appellant had shrugged off 22 such charges. In the trial judge’s view, “[t]he accused’s testimony was demonstrably motivated by a hatred for the government witnesses and the regulatory system he has devoted himself to defeating” (para. 96).

11 The RCMP decided that they did not have the resources to deal further with the scooper problem. Accordingly, in consultation with the RCMP, the airport authorities decided to exercise their power of “citizen’s” arrest under s. 9 of the *TPA*.

The Subject Matter of the Charges

(i) Incident One

12 On July 22, 1991, two airport ground transportation inspectors observed the appellant’s taxi parked unattended at the curb of the arrivals level. One of

Les permis ne sont maintenant délivrés qu’à une flotte de véhicules spécialisée et autorisée. L’appelant et environ 65 autres « *scoopers* » ont activement défié ce système en sollicitant régulièrement des voyageurs à l’aéroport.

Les inspecteurs engagés par l’administration aéroportuaire, qui est désormais une entité privatisée, ont parfois porté des accusations d’entrée sans autorisation, qui semblent cependant avoir eu peu d’effet dissuasif. Le bien-fondé des accusations était difficile à établir du fait que les usagers de l’aéroport ayant leur lieu de résidence à l’extérieur de la province n’étaient généralement pas disponibles pour témoigner en cour. Lorsqu’une déclaration de culpabilité était obtenue, les amendes étaient peu élevées. Le rapport Bartlett de 1990 souligne, à la p. 12, que [TRADUCTION] « le montant dérisoire des amendes infligées pouvait être considéré comme étant simplement le prix à payer pour faire des affaires . . . ».

Le 4 juin 1990, les autorités aéroportuaires se sont fondées sur l’art. 3 *LESA* pour donner aux *scoopers*, y compris l’appelant, des avis leur interdisant l’accès à *quelque fin que ce soit* au terrain de l’aéroport. Le non-respect de ces avis a donné lieu à des accusations d’entrée sans autorisation.

Pendant l’année ayant pris fin en juillet 1991, l’appelant avait fait fi de 22 de ces accusations. Selon le juge du procès, [TRADUCTION] « [I]l témoignage de l’accusé était manifestement motivé par la haine qu’il éprouvait pour les témoins du gouvernement et le système de réglementation qu’il s’est employé à déjouer » (par. 96).

La GRC a jugé qu’elle n’avait pas les ressources nécessaires pour s’occuper davantage du problème des *scoopers*. De concert avec la GRC, les autorités aéroportuaires ont donc décidé d’exercer le pouvoir d’arrestation par un « simple citoyen », que leur confère l’art. 9 *LESA*.

L’objet des accusations

(i) Le premier épisode

Le 22 juillet 1991, deux inspecteurs du transport au sol de l’aéroport ont remarqué que le taxi de l’appelant était stationné sans surveillance près

them approached the appellant, touched him on the shoulder, and informed him that he was under arrest for trespassing. The appellant drove away. As a result, he was charged with escaping lawful custody. A conviction was eventually entered and is no longer under appeal.

(ii) Incident Two

On July 25, 1991, two inspectors again saw the appellant's unattended taxi parked at the curb along with another scooper's car. On seeing the appellant emerge from the terminal, one inspector approached the appellant, touched his shoulder, and informed him that he was under arrest for trespassing and that he would be detained for police arrival. The appellant attempted to enter his vehicle to flee the scene but the inspector blocked his way. (The appellant claims the inspector's actions amounted to an assault. The trial judge found that no more than reasonable force was used.) The appellant then shoved his car door into the person of the inspector to cause him to back off and, ignoring the inspector's protests, drove away. The door-shoving incident led to a charge of assault with intent to resist arrest. The appellant was also charged with escaping lawful custody. It is the former charge that is the basis of the present appeal.

The trial judge concluded that, by using force however modest and reasonable to block the appellant's escape, the inspector's otherwise lawful conduct became unlawful. "The accused was entitled to resist an unlawful use of force designed to continue and preserve the [lawful] arrest and custody" (para. 197 (emphasis in original)). Accordingly, he convicted the appellant for escape from lawful custody but dismissed the charge of assault with intent to resist an arrest.

du trottoir du niveau des arrivées. L'un d'eux s'est approché de l'appelant, l'a touché à l'épaule et l'a informé qu'il était en état d'arrestation pour entrée sans autorisation. L'appelant s'est enfui au volant de sa voiture. Il a donc été accusé d'évasion d'une garde légale. La déclaration de culpabilité inscrite en définitive ne fait plus l'objet d'un appel.

(ii) Le deuxième épisode

Le 25 juillet 1991, deux inspecteurs ont de nouveau aperçu le taxi de l'appelant qui était stationné sans surveillance au bord du trottoir près de l'automobile d'un autre *scooper*. Après avoir vu l'appelant sortir de l'aérogare, l'un des inspecteurs s'est approché de lui, l'a touché à l'épaule et l'a informé qu'il était en état d'arrestation pour entrée sans autorisation et qu'il serait détenu jusqu'à l'arrivée de la police. L'appelant a tenté de gagner son véhicule pour s'enfuir, mais l'inspecteur lui a barré la route. (L'appelant prétend que les actes de l'inspecteur constituaient des voies de fait. Le juge du procès a conclu que seule une force raisonnable avait été employée.) L'appelant a alors ouvert la portière de sa voiture en la poussant sur l'inspecteur pour le forcer à reculer et, faisant fi des protestations de l'inspecteur, il s'est enfui au volant de sa voiture. L'épisode de la portière poussée sur l'inspecteur a donné lieu à une accusation de voies de fait dans l'intention de résister à une arrestation. L'appelant a également été accusé d'évasion d'une garde légale. C'est la première accusation qui est à l'origine du présent pourvoi.

Le juge du procès a décidé que l'emploi d'une force, si faible et raisonnable soit-elle, pour empêcher l'appelant de s'évader a rendu illégal le comportement par ailleurs légal de l'inspecteur. [TRADUCTION] « L'accusé avait le droit de résister à un emploi illégal de la force destiné à poursuivre et à maintenir l'arrestation et la garde [légales] » (par. 197 (souligné dans l'original)). Par conséquent, il a déclaré l'appelant coupable d'évasion d'une garde légale, mais a rejeté l'accusation de voies de fait dans l'intention de résister à une arrestation.

(iii) Incident Three

15 Later in the afternoon of July 25, 1991, another incident at the airport led to charges against the appellant of dangerous driving, use of a weapon in committing an assault, and escaping lawful custody. The charges arose in this way. A different inspector, aware of the appellant's previous arrest the same day, saw the appellant's taxi "trolling" past the arrivals level at Terminal 3. He stepped out in front of the appellant's taxi with his hand raised, holding his badge, and ordered the appellant to stop. The appellant kept on coming and, to avoid personal injury, the inspector jumped onto the hood of the appellant's car, from where he was dislodged as the appellant accelerated to get clear of the terminal. The inspector had made no physical contact to arrest the appellant. There was clearly no submission by the appellant to the inspector's authority. The trial judge held that no arrest had occurred and, having a reasonable doubt on other aspects of the evidence, dismissed all charges in connection with this incident.

16 The only issue that survives into this Court therefore is whether reasonable force may be used in making or continuing an arrest under s. 9 of the *TPA*.

II. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*, [1996] O.J. No. 1821 (QL)

17 A challenge to the constitutionality of s. 9 of the *TPA* based on ss. 7 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was rejected.

18 With respect to statutory interpretation, the trial judge held that the appellant could not be convicted of resisting a lawful arrest because the inspector was not authorized by s. 9 of the *TPA* to use "reasonable force" to make the arrest. Firstly, no such authority is spelled out in the *TPA*; secondly, such authority as may be inferred from the common law should not apply to arrests for provincial misdemeanours; and, thirdly, it would be bad public policy to read such

(iii) Le troisième épisode

Plus tard dans l'après-midi du 25 juillet 1991, un autre épisode survenu à l'aéroport a valu à l'appellant des accusations de conduite dangereuse, d'utilisation d'une arme pour commettre des voies de fait et d'évasion d'une garde légale. Les faits à l'origine de ces accusations sont les suivants. Un autre inspecteur, qui savait que l'appellant avait été arrêté plus tôt dans la journée, a vu le taxi de l'appellant circuler au hasard près de l'aérogare n° 3, au niveau des arrivées. Brandissant sa plaque d'inspecteur, il s'est précipité devant le taxi de l'appellant en lui demandant d'immobiliser son véhicule. L'appellant a continué à avancer et, pour éviter d'être blessé, l'inspecteur a sauté sur le capot de la voiture de l'appellant, d'où il a été délogé lorsque l'appellant a accéléré pour quitter l'aérogare. L'inspecteur n'avait procédé à aucun contact physique pour arrêter l'appellant. Il était évident que ce dernier ne s'était pas soumis à l'autorité de l'inspecteur. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas eu d'arrestation et, parce qu'il avait un doute raisonnable quant à d'autres aspects de la preuve, il a rejeté toutes les accusations relatives à cet épisode.

La seule question qui demeure en litige devant notre Cour est donc celle de savoir si une force raisonnable peut être employée pour effectuer ou poursuivre une arrestation en vertu de l'art. 9 *LESA*.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*, [1996] O.J. No. 1821 (QL)

La contestation de la constitutionnalité de l'art. 9 *LESA*, fondée sur les art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été rejetée.

Sur le plan de l'interprétation de la loi, le juge du procès a décidé que l'appellant ne pouvait être déclaré coupable d'avoir résisté à une arrestation légale parce que l'art. 9 *LESA* n'autorisait pas l'inspecteur à employer une « force raisonnable » pour effectuer l'arrestation. Premièrement, aucune autorisation de cette nature n'est prévue dans la *LESA*; deuxièmement, l'autorisation qui peut être inférée de la common law ne doit pas s'appliquer aux

authority into the *TPA* because of the inherent risk of escalation of violence and the prospect of injury to the citizen making the arrest, the person arrested, or both. The appellant was convicted of the two counts of escaping lawful custody.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 204 D.L.R. (4th) 51

The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal both on the constitutional issues and against the convictions for escaping lawful custody.

The Crown's appeal of the acquittal on the assault with intent to resist arrest was allowed. In the court's view, the *TPA* does include the authority to use reasonable force to arrest and detain the person arrested. The authority is incidental to the statutory power of arrest and does not require separate explicit statutory authority. On this point, *R. v. Lerke* (1986), 24 C.C.C. (3d) 129 (Alta. C.A.), was agreed with.

In its reasons, the court referred to the history of the power of arrest at common law. According to W. Holdsworth, *A History of English Law* (1973), vol. III, at pp. 598-600, "common law powers of arrest are derived from the rights and duties of ordinary citizens in relation to the maintenance of 'the King's peace'. In early times, before the advent of professional police forces, the ordinary citizen not only enjoyed the *right* to make arrests, but was *duty-bound* in certain cases to do so" (para. 39 (emphasis in original)). The notion of reasonable force and physical restraint was, the court concluded, inherent in a power to arrest.

The court rejected the appellant's argument that the right to use reasonable force is excluded by s. 146 of the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1990,

arrestations pour des infractions provinciales mineures; troisièmement, il serait contraire à l'intérêt public de considérer que la *LESA* accorde une telle autorisation, en raison du risque inhérent d'escalade de violence et de la possibilité que le citoyen qui procède à l'arrestation ou la personne arrêtée, ou les deux à la fois, soient blessés. L'appelant a été déclaré coupable relativement aux deux chefs d'évasion d'une garde légale.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 204 D.L.R. (4th) 51

La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant tant à l'égard des questions constitutionnelles qu'à l'égard des déclarations de culpabilité d'évasion d'une garde légale.

Elle a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement relatif à l'accusation de voies de fait commises dans l'intention de résister à une arrestation. Selon la Cour d'appel, la *LESA* autorise l'emploi d'une force raisonnable pour arrêter une personne et la détenir. Il s'agit d'une autorisation accessoire du pouvoir légal d'arrestation, qui ne requiert aucune autre autorisation expresse de la loi pour être mise à exécution. Sur ce point, la cour s'est dite d'accord avec l'arrêt *R. c. Lerke* (1986), 24 C.C.C. (3d) 129 (C.A. Alb.).

Dans ses motifs, la Cour d'appel a rappelé l'historique du pouvoir d'arrestation en common law. Elle a affirmé que, selon W. Holdsworth, *A History of English Law* (1973), vol. III, p. 598-600, [TRADUCTION] « les pouvoirs d'arrestation reconnus en common law découlent des droits et obligations qu'avaient les citoyens ordinaires en matière de maintien de la "paix du Roi". Au début, à l'époque où les corps policiers professionnels n'existaient pas encore, le citoyen ordinaire avait non seulement le *droit* de procéder à des arrestations, mais encore l'*obligation* de le faire dans certains cas » (par. 39 (en italique dans l'original)). La cour a conclu que la notion de force raisonnable et de contrainte physique était indissociable du pouvoir d'arrestation.

La cour a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel le droit d'employer une force raisonnable était écarté par l'art. 146 de la *Loi sur les infractions*

19

20

21

22

c. P.33, which protects police officers and others from prosecution when only necessary force is used. The issue here is the scope of the authority, not the scope of the protection. While it is true that both the *Fish Inspection Act*, R.S.O. 1990, c. F.18, and the *Fish and Wildlife Conservation Act, 1997*, S.O. 1997, c. 41, provide specifically for the use of force in certain circumstances, the court wrote: "We do not regard the fact that the legislature went out of its way to specify the power to use force in aid of the powers conferred by these statutes as sufficient to displace the interpretation we have indicated as being appropriate for the *TPA*" (para. 53).

III. Relevant Legislative Provisions

23 *Trespass to Property Act*, R.S.O. 1990, c. T.21

9. — (1) A police officer, or the occupier of premises, or a person authorized by the occupier may arrest without warrant any person he or she believes on reasonable and probable grounds to be on the premises in contravention of section 2.

(2) Where the person who makes an arrest under subsection (1) is not a police officer, he or she shall promptly call for the assistance of a police officer and give the person arrested into the custody of the police officer.

(3) A police officer to whom the custody of a person is given under subsection (2) shall be deemed to have arrested the person for the purposes of the provisions of the *Provincial Offences Act* applying to his or her release or continued detention and bail.

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

28. In every Act, unless the contrary intention appears,

- (b) where power is given to a person, officer or functionary to do or to enforce the doing of an act or thing, all such powers shall be understood to be also given as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing;

provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33, qui soustrait à toute poursuite les policiers et autres personnes qui n'ont employé que la force nécessaire. La question qui se pose en l'espèce concerne la portée de l'autorisation donnée et non l'étendue de la protection accordée. Même s'il est vrai que la *Loi sur l'inspection du poisson*, L.R.O. 1990, ch. F.18, et la *Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune*, L.O. 1997, ch. 41, prévoient expressément toutes les deux l'emploi de la force dans certaines circonstances, la cour a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Selon nous, le fait que le législateur a pris la peine d'autoriser expressément l'emploi de la force pour exercer les pouvoirs conférés par ces lois n'est pas suffisant pour écarter l'interprétation que nous avons qualifiée d'appropriée pour la *LESA* » (par. 53).

III. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur l'entrée sans autorisation, L.R.O. 1990, ch. T.21

9 (1) Un agent de police, l'occupant des lieux ou une personne que ce dernier a autorisée à cet effet, peut arrêter sans mandat une personne qu'il croit, pour des motifs raisonnables et probables, être sur les lieux en contravention de l'article 2.

(2) Lorsque la personne qui procède à une arrestation aux termes du paragraphe (1) n'est pas un agent de police, elle doit rapidement requérir l'aide d'un agent de police et lui confier la garde de la personne arrêtée.

(3) Un agent de police qui se voit confier la garde d'une personne aux termes du paragraphe (2) est réputé avoir procédé à l'arrestation de la personne aux fins des dispositions de la *Loi sur les infractions provinciales* concernant sa mise en liberté ou la continuation de sa détention et de la caution.

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

28. Dans toute loi, sauf indication contraire :

- (b) le pouvoir, conféré à un agent ou à un fonctionnaire, ou à toute autre personne, d'accomplir des actes ou de prendre des mesures, ou de les faire exécuter, implique également les pouvoirs accessoires qui sont nécessaires à leur accomplissement ou exécution;

Provincial Offences Act, R.S.O. 1990, c. P.33

146. — (1) Every police officer is, if he or she acts on reasonable and probable grounds, justified in using as much force as is necessary to do what the officer is required or authorized by law to do.

(2) Every person upon whom a police officer calls for assistance is justified in using as much force as he or she believes on reasonable and probable grounds is necessary to render such assistance.

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

25. (1) Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law

- (a) as a private person,
- (b) as a peace officer or public officer,
- (c) in aid of a peace officer or public officer, or
- (d) by virtue of his office,

is, if he acts on reasonable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

145. (1) Every one who

- (a) escapes from lawful custody, or
- . . .

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

270. (1) Every one commits an offence who

- (b) assaults a person with intent to resist or prevent the lawful arrest or detention of himself or another person; or
- . . .

Loi sur les infractions provinciales, L.R.O. 1990, ch. P.33

146 (1) S'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, l'agent de police est fondé à employer la force nécessaire pour accomplir ce que la loi l'oblige ou l'autorise à faire.

(2) Toute personne à laquelle un agent de police demande de l'aide est fondée à utiliser la force qu'elle croit nécessaire, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, pour fournir cette aide.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

25. (1) Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi :

- a) soit à titre de particulier;
- b) soit à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public;
- c) soit pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public;
- d) soit en raison de ses fonctions,

est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

145. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, quiconque :

- a) . . . s'évade d'une garde légale;

270. (1) Commet une infraction quiconque exerce des voies de fait :

- b) . . . contre une personne dans l'intention de résister à une arrestation ou détention légale, la sienne ou celle d'un autre, ou de les empêcher;
- . . .

(2) Every one who commits an offence under subsection (1) is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

494. (1) Any one may arrest without warrant

- (a) a person whom he finds committing an indictable offence; or
- (b) a person who, on reasonable grounds, he believes
 - (i) has committed a criminal offence, and
 - (ii) is escaping from and freshly pursued by persons who have lawful authority to arrest that person.

(2) Any one who is

- (a) the owner or a person in lawful possession of property, or
- (b) a person authorized by the owner or by a person in lawful possession of property,

may arrest without warrant a person whom he finds committing a criminal offence on or in relation to that property.

(3) Any one other than a peace officer who arrests a person without warrant shall forthwith deliver the person to a peace officer.

IV. Analysis

24

This appeal arises in the context of a justifiably frustrated airport authority seeking to control “scooping” activities on its premises which even the appellant concedes are unlawful. Yet the implications of recognizing a power to use force in effecting an arrest under the *TPA* go far beyond the present context. Countryside rambles come face to face with farmers. Teenagers occasionally upset mall owners who think adolescents “hanging out” deter business. Drifters seek shelter in railway stations. Protesters march their placards onto the private property of a target business. The list of potential confrontations goes on.

(2) Quiconque commet une infraction visée au paragraphe (1) est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

494. (1) Toute personne peut arrêter sans mandat :

- a) un individu qu'elle trouve en train de commettre un acte criminel;
- b) un individu qui, d'après ce qu'elle croit pour des motifs raisonnables :
 - (i) d'une part, a commis une infraction criminelle,
 - (ii) d'autre part, est en train de fuir des personnes légalement autorisées à l'arrêter et est immédiatement poursuivi par ces personnes.

(2) Quiconque est, selon le cas :

- a) le propriétaire ou une personne en possession légitime d'un bien;
- b) une personne autorisée par le propriétaire ou par une personne en possession légitime d'un bien,

peut arrêter sans mandat une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle sur ou concernant ce bien.

(3) Quiconque, n'étant pas un agent de la paix, arrête une personne sans mandat doit aussitôt la livrer à un agent de la paix.

IV. Analyse

Le présent pourvoi a pris naissance dans un contexte où une administration aéroportuaire, contrariée à juste titre, cherche à mettre fin aux activités de « *scooping* » à l'aéroport, qui, de l'aveu même de l'appelant, sont illégales. Cependant, les répercussions de la reconnaissance d'un pouvoir d'employer la force lors d'une arrestation fondée sur la *LESA* vont bien au-delà du présent contexte. Par exemple, il arrive que des personnes qui pratiquent la randonnée à la campagne rencontrent soudainement des fermiers. Des adolescents qui déambulent indisposent parfois les propriétaires de centres commerciaux qui les perçoivent comme un obstacle à l'achalandage. Des itinérants cherchent refuge dans des gares de chemin de fer. Des manifestants brandissent leurs pancartes sur la propriété privée de l'entreprise visée. La liste des risques d'affrontement est longue.

In recent years, provincial legislation such as Ontario's *TPA* has become the primary legal basis upon which private security firms and the like monitor and control activities on private properties. Intelligarde, one of Ontario's largest private security firms, estimates that its guards have arrested over 30,000 people in the last 20 years on the basis of the *TPA* (R. McLeod, *Parapolice: A Revolution in the Business of Law Enforcement* (2002), at p. 67). G. S. Rigakos writes that "the most well-worn piece of legislation for Intelligarde staff is the Trespass to Property Act. It provides them with broad powers of arrest on private property and is the statute of choice among a litany of provisions making it very easy for private security guards to arrest citizens in Ontario" (*The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control* (2002), at pp. 52-53).

The power of arrest is a potent weapon to put in the hands of landowners and occupiers to be wielded in protection of their private property. Whether or not force is used, the liberty of the person arrested is compromised. The *TPA* states expressly that there is no requirement for a judicial warrant. The right to arrest arises when the occupier has "reasonable and probable grounds" to believe the person arrested is a trespasser (s. 9(1)). The arrested person is then handed over to the police. When so much of the space where the modern community gathers, including airports and shopping malls, is in private hands, there is legitimate controversy about the nature and scope of the occupier's arrest power (see R. Anand, *Task Force on the Law Concerning Trespass to Publicly-Used Property as it Affects Youth and Minorities* (1987), at pp. 81 et seq.; P. C. Stenning and C. D. Shearing, *Search and Seizure: Powers of Private Security Personnel* (1979), at p. 75 (study paper prepared for the Law Reform Commission of Canada)).

Au cours des dernières années, des lois provinciales comme la *LESA* de l'Ontario sont devenues le principal fondement juridique sur lequel s'appuient les agences de sécurité privées et d'autres organismes semblables pour surveiller et contrôler les activités exercées sur des propriétés privées. Intelligarde, l'une des plus importantes agences de sécurité privées de l'Ontario, estime que ses gardiens se sont fondés sur la *LESA* pour arrêter plus de 30 000 personnes au cours des 20 dernières années (R. McLeod, *Parapolice : A Revolution in the Business of Law Enforcement* (2002), p. 67). G. S. Rigakos écrit que [TRADUCTION] « la mesure législative la plus utilisée par les employés d'Intelligarde est la Loi sur l'entrée sans autorisation. Celle-ci leur confère de larges pouvoirs d'arrestation sur des propriétés privées et constitue la loi préférée parmi la multitude de dispositions législatives qui, en Ontario, facilitent énormément l'arrestation de citoyens par des gardiens de sécurité privés » (*The New Parapolice : Risk Markets and Commodified Social Control* (2002), p. 52-53).

Le pouvoir d'arrestation constitue une arme puissante que les propriétaires et occupants de lieux peuvent brandir pour protéger leur propriété privée. Peu importe que la force soit employée ou non, la liberté de la personne arrêtée est compromise. La *LESA* prévoit expressément qu'aucun mandat décerné par un juge n'est nécessaire. Il suffit que l'occupant ait des « motifs raisonnables et probables » de croire que la personne arrêtée est entrée sans autorisation (par. 9(1)). La personne arrêtée est ensuite livrée à la police. Compte tenu du fait que, de nos jours, autant de lieux de rassemblement, dont les aéroports et les centres commerciaux, sont privés, il est normal que la nature et l'étendue du pouvoir d'arrestation de l'occupant des lieux soient controversées (voir R. Anand, *Task Force on the Law Concerning Trespass to Publicly-Used Property as it Affects Youth and Minorities* (1987), p. 81 et suiv.; P. C. Stenning et C. D. Shearing, *Perquisition, fouille et saisie : Les pouvoirs des agents de sécurité du secteur privé* (1980), p. 82 (étude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada)).

27 The decision to grant or withhold the power of arrest is a legislative decision. Absent a *Charter* challenge, our task is limited to statutory interpretation. The power of arrest is clearly granted to occupiers. We are simply required to determine the content of the legislative grant. Section 9 of the *TPA* provides, without elaboration, that “a person authorized by the occupier may arrest without warrant any person he or she believes on reasonable and probable grounds to be on the premises” as a trespasser (emphasis added).

28 The word “arrest” has a well-understood meaning at common law. Unless the context otherwise dictates, I think we are bound to interpret the word as it appears in s. 9 of the *TPA* in accordance with the common law of arrest. *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, raised a similar issue. Police committed a trespass in attempting to make an arrest. They were sued for civil damages. The Court held that, while the *Criminal Code* power to arrest without a warrant did not include any express authority to trespass, such authority was an incident of arrest at common law (pp. 742-43). So too here, the legislature has used the word “arrest” as a term of art. Otherwise, there is no guidance at all to occupiers about how to “arrest” somebody, let alone what conduct the occupier is permitted and what is not permitted, and conversely, what are the rights of the alleged trespasser.

(a) *Trespass to Property Act*

29 First enacted in 1834 as the *Act to provide for the Summary Punishment of Petty Trespasses and other offences*, S.U.C. 1834, 4 Wm. 4, c. 4, the statute authorized a land owner or his or her agent to apprehend individuals for trespass and deliver them to a Justice of the Peace. The arrest provision (which remained virtually unchanged until 1980) provided that “any person found committing any such trespass as aforesaid may be apprehended without a Warrant, by any Peace Officer, or the owner of

Il appartient au législateur de décider d’accorder ou de ne pas accorder le pouvoir d’arrestation. En l’absence de contestation fondée sur la *Charte*, notre rôle se limite à interpréter la loi. Les occupants des lieux sont clairement investis d’un pouvoir d’arrestation. Nous devons simplement déterminer le contenu du pouvoir accordé par le législateur. L’article 9 *LESA* prévoit, sans plus, qu’« une personne que [l’occupant des lieux] a autorisée à cet effet, peut arrêter sans mandat une personne qu’[elle] croit, pour des motifs raisonnables et probables, être sur les lieux » sans autorisation (je souligne).

Le mot « arrestation » a un sens bien connu en common law. À moins que le contexte ne s’y oppose, je pense que nous devons interpréter le mot figurant à l’art. 9 *LESA* conformément aux principes de common law en matière d’arrestation. Une question similaire était soulevée dans l’affaire *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739. Des policiers sont entrés sans autorisation dans des lieux en tentant de procéder à une arrestation. Ils ont fait l’objet de poursuites civiles en dommages-intérêts. La Cour a statué que, bien que le pouvoir d’arrestation sans mandat conféré par le *Code criminel* n’ait comporté aucune autorisation expresse d’entrer sans autorisation dans des lieux, une telle autorisation était un élément accessoire de l’arrestation en common law (p. 742-743). Le législateur a donc également, en l’espèce, employé le mot « arrestation » dans un sens technique. Du reste, aucune indication n’est donnée aux occupants quant à la façon d’« arrêter » quelqu’un, encore moins quant au comportement que l’occupant peut adopter, ni, à l’inverse, quant à la nature des droits du présumé intrus.

a) *Loi sur l’entrée sans autorisation*

D’abord adoptée en 1834 sous le titre de *Act to provide for the Summary Punishment of Petty Trespasses and other offences*, S.U.C. 1834, 4 Wm. 4, ch. 4, la loi autorisait le propriétaire foncier ou son mandataire à appréhender des personnes entrées sans autorisation et à en confier la garde à un juge de paix. La disposition concernant l’arrestation (qui est demeurée quasi inchangée jusqu’en 1980) prévoyait que [TRADUCTION] « toute personne surprise à commettre une entrée sans autorisation comme

the property injured, or the servant or any person authorised by him, and forthwith taken to the nearest Justice of the Peace to be dealt with according to Law” (s. 5 (emphasis added)).

In a discussion paper produced in 1979, the Ontario Ministry of the Attorney General argued that the purpose of the *TPA* was to provide a relatively quick, cheap and intelligible remedy for trespass: *Discussion Paper on Occupiers’ Liability and Trespass to Property* (1979), at p. 13 (“1979 Discussion Paper”). The *TPA*, it was noted, did not replace the common law remedies, but gave occupiers additional rights: 1979 Discussion Paper, at p. 13; *R. v. Page*, [1964] O.J. No. 383 (QL) (H.C.), at para. 6 (“[t]he *Petty Trespass Act* . . . is a very old statute which gives the occupiers of premises certain additional rights to those enjoyed at common law”).

In 1980, the *Petty Trespass Act*, R.S.O. 1970, c. 347, was reformed and the *Occupiers’ Liability Act*, S.O. 1980, c. 14, was enacted in order to facilitate prosecutions and increase the protection of interests of rural landowners. In the Ministry of the Attorney General’s 1979 Discussion Paper, at p. 13, the inadequacy of the existing Act from the landowners’ perspective was seen to be threefold:

First, the wording of the existing offence is unclear and, along with other factors, leads to difficulties in prosecution. Second, the law does not deter trespass onto land under cultivation even though significant farm losses are caused by trespassers. Third, the Act does not ensure the privacy of occupiers of land or permit the control of recreational activities.

Accordingly, the *Trespass to Property Act, 1980*, S.O. 1980, c. 15, provides owners or agents of the owners with a number of options. Under the current law, s. 2 makes trespass a provincial offence subject to a fine of up to \$2,000. Occupiers may direct

celle susmentionnée peut être appréhendée sans mandat par un agent de la paix, ou par le propriétaire des lieux en cause, son serviteur ou toute personne autorisée par le propriétaire des lieux, pour être amenée immédiatement devant le juge de paix le plus près pour être traitée selon la loi » (art. 5 (je souligne)).

Dans un document de travail publié en 1979, le ministère du Procureur général de l’Ontario a fait valoir que l’objet de la *LESA* était d’offrir un recours relativement rapide, peu coûteux et facile à comprendre pour l’entrée sans autorisation : *Discussion Paper on Occupiers’ Liability and Trespass to Property* (1979), p. 13 (« document de travail de 1979 »). La *LESA*, a-t-on fait remarquer, ne remplaçait pas les recours de common law, mais conférait des droits supplémentaires aux occupants des lieux : document de travail de 1979, p. 13; *R. c. Page*, [1964] O.J. No. 383 (QL) (H.C.), par. 6 ([TRADUCTION] « [l]a *Petty Trespass Act* [. . .] est une loi très ancienne qui accorde aux occupants des lieux certains droits s’ajoutant à ceux dont ils jouissent déjà en common law »).

En 1980, la *Petty Trespass Act*, R.S.O. 1970, ch. 347, a été modifiée et la *Occupiers’ Liability Act*, S.O. 1980, ch. 14, a été adoptée de manière à faciliter les poursuites et à accroître la protection des intérêts des propriétaires fonciers ruraux. À la page 13 du document de travail de 1979 du ministère du Procureur général, on considérait que, du point de vue des propriétaires fonciers, la loi existante était insuffisante à trois égards :

[TRADUCTION] Premièrement, le libellé de l’infraction actuelle est obscur et, parallèlement à d’autres facteurs, il rend difficiles les poursuites. Deuxièmement, la loi n’a pas d’effet dissuasif en ce qui concerne l’entrée sans autorisation sur les terres en culture, malgré l’importance des pertes agricoles causées par des intrus. Troisièmement, la Loi ne protège pas la vie privée des occupants des terres et ne permet pas le contrôle des activités récréatives.

C’est pourquoi la *Trespass to Property Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 15, offre plusieurs choix aux propriétaires ou à leurs mandataires. Aux termes de l’art. 2 de la loi actuelle, l’entrée sans autorisation est une infraction provinciale punissable d’une

30

31

32

persons to leave a property (s. 2(1)(b)), and give notice that further activity or entry onto the property is prohibited either absolutely (s. 3) or within limits (s. 4). More intrusively, as already discussed, occupiers or their agents (and police officers) are empowered to arrest without warrant if on reasonable grounds they believe the individual is trespassing (s. 9). The inconvenience and indignity of being arrested may sometimes be seen as more of a punishment than the amount of the fine ultimately levied. It is equally, on that account, more of a deterrent.

(b) *Arrest at Common Law*

33

A good starting point is the description of an arrest at common law provided by Lord Diplock in *Holgate-Mohammed v. Duke*, [1984] A.C. 437 (H.L.), at p. 441:

The word “arrest” . . . is a term of art. First, it should be noted that arrest is a continuing act; it starts with the arrester taking a person into his custody, (sc. by action or words restraining him from moving anywhere beyond the arrester’s control), and it continues until the person so restrained is either released from custody or, having been brought before a magistrate, is remanded in custody by the magistrate’s judicial act. [Emphasis added.]

See also *Murray v. Ministry of Defence*, [1988] 1 W.L.R. 692 (H.L.), at p. 699.

34

As will be seen, this common law definition dovetails with the 1834 Act (“taken to the nearest Justice of the Peace”). Section 9(2) now requires the occupier to “give the person arrested into the custody of the police officer”. Both versions presuppose detention and a measure of continuing restraint on liberty between the initiation of the arrest and the delivery of the person arrested to the police. Thus, adapting the incidents of an “arrest” at common law to the legislative grant of a power of arrest in s. 9 of the *TPA*, the occupier is permitted the means (reasonable force) to fulfill the duty (delivery of the person arrested) to achieve the purpose of the arrest

amende maximale de 2 000 \$. Les occupants peuvent ordonner à quiconque de quitter les lieux (al. 2(1)b)), et donner un avis selon lequel toute autre activité ou toute entrée dans les lieux fait l’objet d’une interdiction absolue (art. 3) ou limitée (art. 4). D’une manière plus attentatoire, comme nous l’avons déjà vu, les occupants ou leurs mandataires (et les policiers) ont le pouvoir d’arrêter une personne sans mandat s’ils ont des motifs raisonnables de croire qu’elle se trouve sans autorisation dans des lieux (art. 9). L’embarras et l’affront liés à l’arrestation peuvent parfois être perçus comme plus punitifs que le montant d’amende finalement perçu. À cet égard, l’arrestation est également plus dissuasive.

b) *L’arrestation en common law*

Au départ, il convient d’examiner la définition que lord Diplock donne de l’arrestation en common law dans *Holgate-Mohammed c. Duke*, [1984] A.C. 437 (H.L.), p. 441 :

[TRADUCTION] Le mot « arrestation » [. . .] est un terme technique. Il convient d’abord de signaler que l’arrestation est un acte continu; elle commence lorsqu’une personne place une autre personne sous sa garde (au moyen de gestes ou de mots la contraignant à rester sous sa surveillance), et elle se poursuit jusqu’à ce que la personne ainsi maîtrisée soit relâchée, ou encore, si elle a été amenée devant un magistrat, jusqu’à ce qu’elle soit renvoyée en détention provisoire par le magistrat. [Je souligne.]

Voir aussi *Murray c. Ministry of Defence*, [1988] 1 W.L.R. 692 (H.L.), p. 699.

Comme nous le verrons plus loin, cette définition de common law concorde avec la Loi de 1834 ([TRADUCTION] « amenée [. . .] devant le juge de paix le plus près »). Le paragraphe 9(2) oblige désormais l’occupant des lieux à « confier [à l’agent de police] la garde de la personne arrêtée ». Les deux versions présupposent une détention et une certaine atteinte continue à la liberté entre le début du processus d’arrestation et le moment où la garde de la personne arrêtée est confiée à la police. Ainsi, en adaptant les éléments accessoires d’une « arrestation » en common law au pouvoir d’arrestation conféré à l’art. 9 *LESA*, on donne à l’occupant les

(to terminate the trespass and bring the trespasser to the police to be dealt with according to law).

The appellant argues that it is anomalous to allow his liberty to be restrained by arrest and detention when, if he were charged with trespass under s. 2(1) of the *TPA* and convicted, the only consequence would be a fine of no more than \$2,000. There would be no imprisonment. In other words, he says, the processes of the *TPA* permit a greater interference with his liberty than any possible outcome of a successful prosecution. It cannot be disputed, however, that the legislature has conferred a *power* of arrest on occupiers, and imposed a *duty* to deliver the person arrested to the police. A serious interference with personal liberty of a trespasser is thus clearly authorized by the *TPA* even if he submits, i.e., whether “reasonable force” is used or not. The appellant has abandoned the *Charter* challenge he advanced in the courts below. We must therefore interpret and apply the *TPA* as we find it.

(c) *The Concept of a Citizen’s Arrest*

The concept of “arrest” by private citizens is as old as the common law. It predates the rise of the modern police force. Laycraft C.J.A. observed in *Lerke*, *supra*, at p. 135:

The power exercised by a citizen who arrests another is in direct descent over nearly a thousand years of the powers and duties of citizens in the age of Henry II in relation to the “King’s Peace”.

The “King’s Peace” itself was a concept introduced by the Norman Kings. It required the inhabitants of each community to apprehend all felons, and held them collectively responsible for failing to do so: *Statute of Winchester*, 13 Edw. 1, Stat. 2 (1285), cc. 1, 2, 4 and 6; J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, at p. 189.

moyens (force raisonnable) de s’acquitter de son obligation (de confier à la police la garde de la personne arrêtée) de manière à réaliser l’objet de l’arrestation (mettre fin à l’entrée sans autorisation et livrer l’intrus à la police pour qu’il soit traité selon la loi).

L’appelant prétend qu’il est anormal de permettre qu’on porte atteinte à sa liberté en l’arrêtant et en le détenant, alors que s’il était accusé et déclaré coupable d’entrée sans autorisation en vertu du par. 2(1) *LESA*, il écoperait tout au plus d’une amende de 2 000 \$. Il ne serait pas incarcéré. En d’autres termes, dit-il, la procédure édictée par la *LESA* permet une plus grande atteinte à sa liberté que n’importe quelle issue possible d’une poursuite intentée avec succès. Cependant, il est incontestable que le législateur a conféré un *pouvoir* d’arrestation aux occupants et qu’il leur a imposé une *obligation* de confier à la police la garde de la personne arrêtée. La *LESA* permet donc clairement qu’une grave atteinte soit portée même à la liberté personnelle de l’intrus qui se soumet, c’est-à-dire peu importe qu’une « force raisonnable » soit employée ou non. L’appelant a abandonné la contestation fondée sur la *Charte* qu’il avait entreprise devant les tribunaux d’instance inférieure. Nous devons donc interpréter et appliquer la *LESA* dans son état actuel.

c) *La notion d’arrestation par un simple citoyen*

La notion d’« arrestation » par un simple citoyen est aussi ancienne que la common law. Elle existait avant l’avènement des corps policiers modernes. Le juge en chef Laycraft a fait observer ce qui suit dans l’arrêt *Lerke*, précité, p. 135 :

[TRADUCTION] Le pouvoir qu’exerce le citoyen qui arrête un autre citoyen date de presque mille ans et descend directement des pouvoirs et obligations que les citoyens avaient en matière de maintien de la « paix du Roi » à l’époque de Henri II.

La notion même de « paix du Roi » remonte aux rois normands. Selon cette notion, les habitants de chaque collectivité étaient tenus d’appréhender tous les criminels et voyaient leur responsabilité collective engagée s’ils omettaient de le faire : *Statute of Winchester*, 13 Edw. 1, Stat. 2 (1285), ch. 1, 2, 4 et 6; J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law*

35

36

37

At common law, a private citizen had both a right and a positive obligation to perform an arrest when a felony was being committed or had “in fact” been committed: Stephen, *supra*, at p. 193; W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (8th ed. 1824), vol. II, c. 9 “Of the Court of the Coroner”, Sect. 6, at p. 74. Things could get quite bloody, as Blackstone recounts:

Any private person (and *a fortiori* a peace officer) that is present when any felony is committed, is bound by the law to arrest the felon; on pain of fine and imprisonment, if he escapes through the negligence of the standers by. And they may justify breaking open doors upon following such felon: and if *they kill him*, provided he cannot be otherwise taken, it is justifiable; though if *they are killed* in endeavoring to make such arrest, it is murder. [Emphasis in original.]

(W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, 1769, at pp. 289-90)

38

Felonies were serious crimes, of course, and the authority and duty of private citizens to arrest for misdemeanours were significantly more limited. In *King v. Poe* (1866), 15 L.T.R. (N.S.) 37 (Ex.), it is reported at p. 40 that there is no “right to arrest a person . . . of a misdemeanor, where there is no breach of the peace, and where it is not necessary to arrest the offender to prevent the renewal of the act”. Simple trespass did not ordinarily give rise to a breach of the peace, and therefore, at common law, did not ordinarily give rise to a right of arrest: see *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, at p. 520 (where this Court held that clandestine entry onto private property by a “peeping tom” did not constitute a breach of the peace).

39

The airport inspectors, as stated, derive their power to arrest from statute. Powers of arrest have been conferred on ordinary citizens by statute from early times, for example, to arrest for the misdemeanours of “night walking” and “riding armed” (see, e.g., Hawkins, *supra*, c. 12 “Of Arrests by Private Persons”, Sect. 20, at p. 120, and Sect. 22, at p. 121). The citizen’s power of arrest survives under

of England (1883), vol. I, p. 189. En common law, un simple citoyen avait à la fois le droit et l’obligation absolue de procéder à une arrestation lorsqu’un crime était en train d’être commis ou avait « en fait » été commis : Stephen, *op. cit.*, p. 193; W. Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (8^e éd. 1824), vol. II, ch. 9 « Of the Court of the Coroner », sect. 6, p. 74. La situation pouvait parfois dégénérer en bain de sang, comme le raconte Blackstone :

Tout particulier et, à plus forte raison, tout officier de paix, témoin d’un acte de félonie, est tenu par la loi d’arrêter le coupable, à peine d’amende et d’emprisonnement s’il s’échappe par la négligence de ceux qui sont présents [. . .]. S’ils enfoncent les portes en poursuivant cet homme, la loi les absout; et même *s’ils le tuent*, pourvu qu’il n’y ait pas eu moyen de le prendre autrement; *si quelqu’un d’eux est tué* en s’efforçant de l’arrêter, c’est au contraire un meurtre . . . [En italique dans l’original.]

(W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 6, p. 152-153)

Les actes de félonie étaient évidemment des crimes graves et le pouvoir et l’obligation des simples citoyens d’effectuer des arrestations pour des infractions mineures étaient beaucoup plus limités. Dans *King c. Poe* (1866), 15 L.T.R. (N.S.) 37 (Ex.), il est écrit, à la p. 40, qu’il n’existe aucun [TRADUCTION] « droit d’arrêter l’auteur [. . .] d’une infraction mineure, en l’absence d’une violation de la paix et lorsqu’il n’est pas nécessaire de l’arrêter pour empêcher la répétition de l’acte en cause ». Une simple entrée sans autorisation n’entraînait habituellement aucune violation de la paix et, par conséquent, ne donnait généralement pas naissance à un droit d’arrestation en common law : voir *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, p. 520 (où notre Cour a statué que l’entrée clandestine d’un « voyeur » dans une propriété privée ne constituait pas une violation de la paix).

Comme nous l’avons vu, les inspecteurs d’aéroport tiennent de la loi leur pouvoir d’arrestation. Ce n’est pas d’hier que la loi confère aux citoyens ordinaires des pouvoirs d’arrestation, comme le pouvoir de procéder à une arrestation pour les infractions mineures de [TRADUCTION] « marche nocturne » et de « port d’une arme à cheval » (voir, par exemple, Hawkins, *op. cit.*, ch. 12 « Of Arrests by Private

s. 494 of the *Criminal Code* (“*Cr. C.*”). As will be seen, many federal and provincial statutes authorize a citizen’s arrest but few give any explicit guidance about its procedures and consequences. The explanation is that legislators presuppose that the term has a well-known legal significance (i.e., is a term of art) derived from the common law.

The development of modern police forces brought about a transfer of law enforcement activities from private citizens to peace officers. But it is the peace officer’s powers which are in a sense derivative from that of the citizen, not the other way around. As the House of Lords commented in *Christie v. Leachinsky*, [1947] A.C. 573, at p. 591, *per* Lord Simonds, at common law, “[i]t is to be remembered that the right of the constable in or out of uniform is, except for a circumstance irrelevant to the present discussion, the same as that of every other citizen”. See also R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure*: (6th ed. (loose-leaf)), at p. 3-8.1.

(d) *The Arrest Procedure*

The *TPA* does not set out the procedure for arrest. I accept, of course, that statutes which encroach on the liberty of the subject should be construed, where ambiguous, in favour of upholding such liberty: *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, at p. 10, *per* Ritchie J. Here, however, the word “arrest” is not ambiguous. It is a term of art. It describes a well-understood legal procedure. The *TPA* incorporates by reference the incidents of arrest at common law except as modified expressly or by necessary implication.

In *R. v. Whitfield*, [1970] S.C.R. 46, this Court adopted, for the purposes of the *Criminal Code*, the following common law definition of the act of arrest, *per* Judson J., at p. 48:

Persons », sect. 20, p. 120, et sect. 22, p. 121). Le pouvoir d’arrestation est maintenu dans l’art. 494 du *Code criminel* (« *C. cr.* »). Comme nous le constaterons, maintes lois fédérales et provinciales autorisent l’arrestation par un simple citoyen, mais peu d’entre elles donnent des indications explicites en ce qui concerne la procédure à suivre et les conséquences. Cela s’explique par le fait que le législateur présume que le terme a un sens juridique bien connu (c’est-à-dire qu’il s’agit d’un terme technique) tiré de la common law.

La création des corps policiers modernes a entraîné le transfert aux agents de la paix des activités d’application de la loi auparavant exercées par les simples citoyens. Mais ce sont les pouvoirs de l’agent de la paix qui découlent en quelque sorte de ceux du citoyen, et non le contraire. Comme la Chambre des lords l’a fait remarquer, sous la plume de lord Simonds, dans l’arrêt *Christie c. Leachinsky*, [1947] A.C. 573, p. 591, en common law, [TRADUCTION] « [i] faut se rappeler que le droit d’un policier, qu’il soit ou non en uniforme, est, sauf dans une situation non pertinente en l’espèce, le même que celui de tout autre citoyen ». Voir également R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6^e éd. (feuilles mobiles)), p. 3-8.1.

d) *La procédure d’arrestation*

La *LESA* n’établit pas la procédure à suivre en matière d’arrestation. Il va sans dire que je reconnais que, en cas d’ambiguïté, les lois qui portent atteinte à la liberté du citoyen doivent être interprétées de façon à préserver cette liberté : *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, p. 10, le juge Ritchie. En l’espèce, cependant, le mot « arrestation » n’est pas ambigu. Il s’agit d’un terme technique. Il désigne une procédure légale bien connue. La *LESA* incorpore par renvoi les éléments accessoires de l’arrestation en common law sauf dans la mesure où ils sont modifiés expressément ou par déduction nécessaire.

Dans l’arrêt *R. c. Whitfield*, [1970] R.C.S. 46, p. 48, la Cour a adopté, sous la plume du juge Judson, la définition de common law suivante de l’acte d’arrestation, aux fins d’application du *Code criminel* :

40

41

42

Arrest consists of the actual seizure or touching of a person's body with a view to his detention. The mere pronouncing of words of arrest is not an arrest, unless the person sought to be arrested submits to the process and goes with the arresting officer.

This definition was accepted as correct by a unanimous Court in *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217, at para. 24, and is not contested by the appellant. What the appellant says, however, is that he was not required by law to acquiesce in the further efforts of the inspector (which the trial judge characterized as reasonable) to hand him over to the police. This argument amounts to an attempted revival of the concept of "symbolic arrest", i.e., an arrest without constraint or substance, that was made and rejected in *Whitfield*. There the accused argued that he had never been "custodially arrested" (p. 47) or "taken or captured" (p. 48) by a police officer who knew of an outstanding warrant for the arrest of the accused and spotted him in his car. Grabbing him by the shirt through the car window, the police officer shouted "you are under arrest". The accused accelerated, broke the officer's hold on the shirt, and left the scene. Hall J., for the dissenting judges, said that "Parliament must be presumed to have known that the words 'arrest' and 'custody' are not synonymous" (p. 54), and concluded that the accused should have been charged with avoiding arrest, not escaping lawful custody. The majority disagreed. Judson J., speaking for the majority, explained at p. 48 that:

There is no room for what seems to be a new subdivision of "arrest" into "custodial" arrest and "symbolical" or "technical" arrest. An accused is either arrested or he is not arrested. If this accused was arrested, he escaped from lawful custody and is guilty

43

Distinctions between the concepts of "arrest" and "custody" are made for some purposes in the *Criminal Code*: see, e.g., Law Reform Commission of Canada, Working Paper 41, *Arrest* (1985), at p. 30. The appellant now concedes that he was properly convicted of escaping lawful custody, but his

L'arrestation consiste à se saisir d'une personne physique ou à y toucher dans le but de la détenir. Le seul fait de lui dire qu'on l'arrête ne constitue pas une arrestation à moins que celui qu'on veut arrêter se soumette et suive l'agent qui procède à l'arrestation.

Dans *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, par. 24, notre Cour, à l'unanimité, a jugé correcte cette définition, qui n'est pas contestée par l'appellant. Celui-ci affirme, cependant, que la loi ne l'obligeait pas à céder aux autres efforts — qualifiés de raisonnables par le juge du procès — que l'inspecteur a déployés en vue de le livrer à la police. Cet argument est une tentative de raviver la notion d'« arrestation symbolique » — c'est-à-dire une arrestation sans contrainte qui, en réalité, n'est pas une arrestation — qui a été évoquée et rejetée dans l'arrêt *Whitfield*. Dans cette affaire, l'accusé a fait valoir qu'il n'avait jamais fait l'objet d'une « arrestation avec mise sous garde » (p. 47) et que le policier, qui savait qu'un mandat d'arrestation avait été décerné contre lui et qui l'avait aperçu au volant de sa voiture, ne s'était jamais « emparé » de lui et ne l'avait jamais « capturé » (p. 48). Après avoir glissé les bras par la portière et avoir saisi l'accusé par la chemise, le policier lui a crié [TRADUCTION] « je vous arrête ». L'accusé a accéléré, fait lâcher prise au policier et a quitté les lieux. Le juge Hall a affirmé, au nom des juges dissidents, que « l'on doit présumer que le législateur savait que les mots "arrestation" et "garde" ne sont pas synonymes » (p. 54), et il a conclu que l'accusé aurait dû être inculpé d'avoir cherché à éviter l'arrestation, et non de s'être évadé d'une garde légale. Les juges majoritaires n'étaient pas de cet avis. Le juge Judson, s'exprimant au nom de ceux-ci, a expliqué ce qui suit (à la p. 48) :

La définition ne permet pas d'établir dans l'arrestation une division, qui semble nouvelle, en arrestation « avec mise sous garde » et en arrestation « symbolique » ou « en droit strict ». Un prévenu est arrêté ou il ne l'est pas. Si *Whitfield* a été arrêté, il s'est évadé d'une garde légale et il est coupable . . .

Des distinctions entre les notions d'« arrestation » et de « garde » sont établies à certaines fins dans le *Code criminel* : voir, par exemple, à la p. 34 du document de travail 41 de la Commission de réforme du droit du Canada, intitulé *L'arrestation* (1985). L'appellant reconnaît maintenant qu'il a été,

idea seems to be that once he is “touched”, as in a children’s game, he is free either to submit or to go his own way. If he leaves, he may be charged with escaping lawful custody, but he says the inspector has *no* authority to use *any* degree of force to preserve that lawful custody. This cannot be so. Arrest implies confrontation and confrontation creates a potential for the use of force by one party or the other. In *Hussien v. Chong Fook Kam*, [1970] A.C. 942 (P.C.), Lord Devlin commented, at p. 947:

An arrest occurs when a police officer states in terms that he is arresting or when he uses force to restrain the individual concerned. It occurs also when by words or conduct he makes it clear that he will, if necessary, use force to prevent the individual from going where he may want to go. [Emphasis added.]

The touching of the appellant and the door-shoving incident were, from the perspective of the participants, a single continuing event. To say the arrest is initiated by a touch is not to say that the power incidental to arrest is thereby exhausted. The purpose of the arrest (delivery of the accused) remained to be fulfilled. The legislature should not be taken as intending to lay on the occupier a duty of delivery and at the same time impose civil and criminal liability for the use of reasonable force necessary for its fulfilment.

In the present case, the two arrests were initiated by words of explanation and a mere “touching”. If touching is sufficient in a particular case to bring about compliance, then touching is all “the force” that is authorized. In *Sandon v. Jervis* (1859), El. Bl. & El. 942, 120 E.R. 760 (Ex.) (a case considered by Judson J. in *Whitfield*, *supra*, at pp. 48-49), it was said, at p. 762, *per* Pollock C.B., “the law is that, if the officer is near enough to the debtor to touch him, and does touch him, and gives him notice of the writ, it is an arrest”. See also *Nicholl v. Darley* (1828), 2 Y. & J. 399, 148 E.R. 974 (Ex.), at p. 976: “the slightest touch is an arrest in point of law”.

à juste titre, déclaré coupable d’évasion d’une garde légale, mais il semble estimer qu’une fois qu’il est « touché » — comme dans un jeu d’enfant —, il est libre de s’arrêter ou de poursuivre sa route. S’il s’en va, il peut être accusé d’évasion d’une garde légale, mais il prétend que l’inspecteur n’a *aucun* pouvoir d’employer *quelque* force que ce soit pour maintenir cette garde légale. Ce ne saurait être le cas. L’arrestation implique un affrontement, qui engendre un risque d’emploi de la force par l’une ou l’autre des parties. Dans *Hussien c. Chong Fook Kam*, [1970] A.C. 942 (C.P.), p. 947, lord Devlin a fait le commentaire suivant :

[TRADUCTION] Il y a arrestation lorsqu’un policier déclare expressément qu’il arrête une personne ou lorsqu’il emploie la force pour retenir la personne concernée. Il y a également arrestation lorsque, par ses propos ou son comportement, le policier indique clairement qu’il emploiera la force, si nécessaire, pour empêcher la personne d’aller où bon lui semble. [Je souligne.]

Le toucher à l’épaule de l’appelant et l’épisode de la portière poussée sur l’inspecteur constituaient, du point de vue des participants, un seul événement continu. Dire que l’arrestation débute par un toucher ne revient pas à dire que le pouvoir accessoire de l’arrestation est ainsi épuisé. Le but de l’arrestation (confier la garde de l’accusé) n’est pas encore atteint. On ne saurait considérer que le législateur a voulu imposer à l’occupant une obligation de confier la garde, et permettre, du même coup, que la responsabilité civile et criminelle de l’occupant soit engagée lorsqu’il emploie la force raisonnable nécessaire pour s’acquitter de cette obligation.

Dans la présente affaire, les deux arrestations ont débuté par des mots d’explication et un simple « toucher ». Si, dans une affaire donnée, le fait de toucher quelqu’un est suffisant pour qu’il se soumette, alors ce toucher représente toute « la force » qui est autorisée. Dans l’affaire *Sandon c. Jervis* (1859), El. Bl. & El. 942, 120 E.R. 760 (Ex.), examinée par le juge Judson dans l’arrêt *Whitfield*, précité, p. 48-49, le baron en chef Pollock a affirmé, à la p. 762, que [TRADUCTION] « la loi c’est qu’il y a arrestation si l’agent est assez près du débiteur pour le toucher et de fait il le touche et l’informe de l’existence du bref ». Voir aussi *Nicholl c. Darley* (1828), 2 Y. & J.

44

45

Where a bailiff did not lay hands on the defendant however, there was no arrest. See *Genner v. Sparks* (1704), 6 Mod. Rep. 173, 87 E.R. 928 (Q.B.), at p. 929: “if here he had but touched the defendant even with the end of his finger, it had been *an arrest*” (emphasis in original). There is no doubt the appellant understood the significance of the inspector’s touch because, according to the trial judge, he made every effort to avoid being touched.

46

Arrest may also be effected by words and a restraint on liberty which is accompanied by submission. This is how *Whitfield* was interpreted in *Latimer, supra*, where the accused, a Saskatchewan farmer, was detained by police on suspicion of terminating the life of his handicapped daughter. The police, for their own reasons, intended to stop short of arresting him and no “words of arrest” were spoken. No force was used. However, the issue, for purposes of s. 9 of the *Charter* (“arbitrary detention”), was defined by the Court as what the person arrested understood. It was concluded that he submitted to go with the police because he understood that he was under compulsion to do so. There was, in the words of Lamer C.J., a *de facto* arrest (para. 25). *Latimer* considered himself deprived of “his liberty to go where he pleases”: *Spicer v. Holt*, [1977] A.C. 987 (H.L.), at p. 1000.

47

In the present case, however, the appellant certainly did not, in the time-honoured phrase, “resig[n] his personal liberty”: *Grainger v. Hill* (1838), 4 Bing. (N.C.) 212, 132 E.R. 769, at p. 774, *per* Bosanquet J. See also *Alderich v. Humphrey* (1898), 29 O.R. 427 (Div. Ct.), at p. 432, and *Higgins v. MacDonald* (1928), 50 C.C.C. 353 (B.C.C.A.), at p. 355. Something more than words or a touch was required to secure his compliance. Therefore, in my view, something more was authorized.

48

In summary, the trial judge was correct in holding that in the first two incidents, the appellant was

399, 148 E.R. 974 (Ex.), p. 976 : [TRADUCTION] « en droit, il y a arrestation au moindre toucher ». Cependant, si un huissier ne posait pas la main sur le défendeur, il n’y avait pas d’arrestation. Voir *Genner c. Sparks* (1704), 6 Mod. Rep. 173, 87 E.R. 928 (Q.B.), p. 929 : [TRADUCTION] « si, en l’espèce, il avait touché au défendeur, ne serait-ce que du bout des doigts, il y aurait eu *arrestation* » (en italique dans l’original). Il ne fait aucun doute que l’appellant comprenait la signification du toucher de l’inspecteur puisque, selon le juge du procès, il a tout fait pour l’éviter.

Une arrestation peut également s’effectuer par des mots ou par une atteinte à la liberté assortie d’une soumission. Telle est la façon dont l’arrêt *Whitfield* a été interprété dans l’arrêt *Latimer*, précité, où l’accusé, un fermier de la Saskatchewan, a été détenu par la police qui le soupçonnait d’avoir mis fin à la vie de sa fille handicapée. Les policiers, qui avaient leurs propres raisons de ne pas vouloir arrêter l’accusé, n’ont prononcé aucun « mot indiquant l’arrestation ». Aucune force n’a été employée. Cependant, notre Cour a indiqué que, pour l’application de l’art. 9 de la *Charte* (« détention arbitraire »), il s’agissait de savoir ce que la personne arrêtée avait compris. La Cour a conclu que l’accusé avait accepté de suivre les policiers parce qu’il se croyait contraint de le faire. Pour reprendre les mots du juge en chef Lamer, une arrestation de fait avait été effectuée (par. 25). Monsieur *Latimer* se croyait privé de [TRADUCTION] « sa liberté d’aller où bon lui semble » : *Spicer c. Holt*, [1977] A.C. 987 (H.L.), p. 1000.

En l’espèce, cependant, l’appellant n’a sûrement pas, selon la formule consacrée, [TRADUCTION] « renoncé à sa liberté » : *Grainger c. Hill* (1838), 4 Bing. (N.C.) 212, 132 E.R. 769, p. 774, le juge Bosanquet. Voir également *Alderich c. Humphrey* (1898), 29 O.R. 427 (C. div.), p. 432, et *Higgins c. MacDonald* (1928), 50 C.C.C. 353 (C.A.C.-B.), p. 355. Il fallait plus que des mots ou un simple toucher pour qu’il se soumette. J’estime donc que quelque chose de plus était autorisé.

En résumé, le juge du procès a eu raison de conclure que, lors des deux premiers épisodes,

lawfully arrested. In the third incident (during the afternoon of July 25, 1991), when the inspector wound up on the hood of the appellant's car without touching him, and there was not even the *potential* for immediate physical restraint, and certainly no submission, there was no arrest.

(e) *The Status of the Appellant Between the Act of Arrest and His Expected Delivery to the Police*

The appellant seeks to compartmentalize the apprehension of an arrested person into distinct and separate stages including detention, arrest, custody and delivery to the police, with different rights and obligations attaching to the inspector and the appellant at the different stages. At para. 197, the trial judge concluded on this point that, once the inspector had "touched" the appellant to make the arrest, he

was not authorized to use force to continue the lawful arrest and custody of the accused. To the extent that he was engaged in doing so, as I have earlier found, the ground transportation inspector was not lawfully executing the arrest of the accused. [Emphasis added.]

The trial judge thus treated the arrest as a "continuing" status and I agree with him. However if, as I conclude below, an occupier is entitled to use reasonable force to *initiate* the status, then, in my view, it follows from the nature of an arrest that the occupier is entitled to use reasonable force to *maintain* the status. Once the trespasser is delivered to the police, s. 9(3) of the *TPA* deems that the officer has made the arrest. At that point, it will be out of the hands of the occupier to determine if the arrest should be maintained or whether lesser measures suffice.

In the course of the hearing of this appeal, a conceptual concern was raised as to whether the appellant could be charged *both* with assault with intent to resist arrest (s. 270(1)(b) *Cr. C.*) and escaping lawful custody (s. 145(1)(a) *Cr. C.*). In my view, these charges are not mutually exclusive. The appellant was aware of his arrest and, in shoving the door into the inspector, the appellant was resisting by

l'appelant a été arrêté légalement. Lors du troisième épisode (survenu dans l'après-midi du 25 juillet 1991), au cours duquel l'inspecteur s'est retrouvé sur le capot de la voiture sans avoir touché l'appelant, et qui n'a comporté même aucun *risque* de contrainte physique immédiate et certainement aucune soumission, il n'y a pas eu d'arrestation.

e) *La situation de l'appelant entre l'acte d'arrestation et le moment où sa garde devait être confiée à la police*

L'appelant cherche à diviser le processus d'arrestation d'une personne en différentes étapes distinctes — notamment la détention, l'arrestation, la garde et l'étape où la garde est confiée à la police — où les droits et obligations de l'appelant et de l'inspecteur diffèrent d'une étape à l'autre. Au paragraphe 197, le juge du procès a conclu à ce sujet qu'après avoir « touché » l'appelant pour l'arrêter, l'inspecteur

[TRADUCTION] n'était pas autorisé à employer la force pour poursuivre l'arrestation et la garde légales de l'accusé. Dans la mesure où il le faisait, comme je l'ai déjà conclu, l'inspecteur du transport au sol ne procédait pas légalement à l'arrestation de l'accusé. [Je souligne.]

Le juge du procès considérait ainsi l'arrestation comme un état « continu », et je suis d'accord avec lui. Toutefois, si, comme je le conclurai plus loin, un occupant a le droit d'employer une force raisonnable pour *établir* l'état d'arrestation, il s'ensuit, selon moi, qu'en raison de la nature même de l'arrestation, l'occupant est autorisé à employer une force raisonnable pour *maintenir* cet état. Aux termes du par. 9(3) *LESA*, le policier qui se voit confier la garde de l'intrus est réputé avoir procédé à son arrestation. Dès lors, il n'appartient plus à l'occupant de décider s'il y a lieu de maintenir l'état d'arrestation ou si des mesures moindres suffisent.

Pendant l'audition du présent pourvoi, on s'est demandé si, théoriquement, l'appelant pouvait être accusé *à la fois* de voies de fait commises dans l'intention de résister à une arrestation (al. 270(1)(b) *C. cr.*) et d'évasion d'une garde légale (al. 145(1)(a) *C. cr.*). À mon avis, une accusation n'exclue pas l'autre. L'appelant savait qu'on l'arrêtait et, en poussant la portière sur l'inspecteur,

intentionally assaultive behaviour the continuing state of arrest initiated by the touch: see, e.g., *R. v. Platten* (2000), 258 A.R. 153 (Prov. Ct.), at p. 158 (after lawful arrest, the arrestee pushed and flailed against the officer constituting assault under s. 270(1)(b) *Cr. C.*); and *R. v. Morris* (2001), 283 A.R. 272 (Q.B.), at p. 278 (the accused's acts constituted an attempted assault under s. 270(1)(b) where, after the arrest, he cocked his fist in preparation for hitting the officer). If the appellant had "resigned his liberty" after shoving the door, there would have been no escape from lawful custody. The escape charge was laid under s. 145(1)(a) *Cr. C.* because the appellant followed up the door-shoving incident with a self-help escape. Equally, in the earlier incident on July 22, there was a self-help escape from custody. But there was no assault on the inspector and thus no charge under s. 270(1)(b).

(f) *The Use of Reasonable Force*

51

At common law, an interference with the arrested person's liberty, including the use of force, must be no more than is "reasonably necessary": *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 35; *R. v. Godoy*, [1999] 1 S.C.R. 311, at para. 22. This limitation was expressed by the Ontario Ministry of the Attorney General in its advice to occupiers in a 1987 publication, *This land is whose land? A legal guide to property protection rights*, at p. 14:

An occupier will be arresting a trespasser if any actual restraint is imposed on a person's liberty against that individual's will.

The restraint may be imposed by the application of reasonable force, or by circumstances that imply the threat of force. In every case, the trespasser should be informed of being under arrest and the reason for the arrest.

This position is consistent with *Lerke, supra*, at p. 134, and is illustrated by *R. v. Cunningham*

il a tenté de mettre fin, d'une manière délibérément violente, à son état d'arrestation continu créé par le toucher à l'épaule : voir, par exemple, *R. c. Platten* (2000), 258 A.R. 153 (C. prov.), p. 158 (après avoir été mise légalement en état d'arrestation, la personne arrêtée s'est débattue et a bousculé le policier, commettant ainsi des voies de fait en contravention de l'al. 270(1)(b) *C. cr.*), et *R. c. Morris* (2001), 283 A.R. 272 (B.R.), p. 278 (les actes de l'accusé constituaient une tentative de commettre des voies de fait, en contravention de l'al. 270(1)(b), dans un cas où, après son arrestation, l'accusé avait serré le poing en vue de frapper le policier). Si l'appelant avait « renoncé à sa liberté » après avoir poussé la portière sur l'inspecteur, il n'y aurait pas eu d'évasion d'une garde légale. L'accusation d'évasion d'une garde légale a été portée en vertu de l'al. 145(1)(a) *C. cr.*, parce que l'appelant s'est évadé après avoir poussé la portière sur l'inspecteur. Lors de l'épisode antérieur du 22 juillet, il s'est également évadé sans toutefois commettre des voies de fait sur l'inspecteur, et aucune accusation n'a donc été portée en vertu de l'al. 270(1)(b).

f) *L'emploi d'une force raisonnable*

En common law, l'atteinte à la liberté de la personne arrêtée, y compris par l'emploi de la force, ne doit pas dépasser ce qui est « raisonnablement nécessaire » : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 35; *R. c. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, par. 22. Le ministère du Procureur général de l'Ontario mentionne cette restriction dans le conseil qu'il donne aux occupants, à la p. 15 d'un document publié en 1987 et intitulé *À qui cette terre? Guide légal des droits de protection des propriétés* :

Un occupant procède à l'arrestation d'un intrus s'il impose ainsi une véritable contrainte à la liberté d'une personne.

Cette contrainte peut être imposée en faisant usage de la force nécessaire ou en menaçant d'y recourir. Dans chaque cas, l'intrus devrait être informé de son arrestation et des raisons de cette mesure.

Cette position est compatible avec l'arrêt *Lerke*, précité, p. 134, et est illustrée par la décision

(1979), 49 C.C.C. (2d) 390 (Man. Co. Ct.), at p. 396.

In *Whitfield, supra*, Judson J. stated at p. 50: “A police officer has the right to use such force as may be necessary to make an arrest.” (And, it should be added, to continue the state of being under arrest.) The proposition of Judson J. was formulated in terms of the police because that was the situation in *Whitfield* itself. See also *R. v. Tricker* (1995), 96 C.C.C. (3d) 198 (Ont. C.A.), at p. 207, where it was accepted that a police officer is entitled to use reasonable force in making an arrest for a provincial offence under the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8. As mentioned, however, the right to use reasonable force attaches at common law to the institution of an arrest, not to the status of the individual making the arrest: see also *Lerke, supra*, at p. 134, and *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1990), vol. II(I), at pp. 524-25.

The trial judge acknowledged that a policeman could use reasonable force but concluded that the occupier could not, yet the s. 9 arrest power confers a single power of arrest exercisable by “[a] police officer, or the occupier of premises, or a person authorized by the occupier”. At common law too, as we have seen, the powers of the police grew out of the powers of arrest of the citizen. It would therefore be anomalous if, in the exercise of exactly the same statutory power, reasonable force could be used by the police to maintain the state of arrest, but if the arrest is made by an occupier under precisely the same s. 9(2) power of arrest, there is no such authority. The *TPA*, like the common law, does not differentiate the power of arrest according to the status of the person exercising it. In fact, the use of force under the *TPA* has been upheld both when police officers make the arrest (*R. v. Ambrose*, [1999] O.J. No. 3607 (QL) (C.J.); *Spencer v. Pollard* (1989), 68 O.R. (2d) 730 (Dist. Ct.); and *Pozniak v. Sault Ste. Marie Police Services Board* (2000), 139 O.A.C. 186 (Div. Ct.)), and in the case of arrest by an occupier (*Mobarakizadeh v.*

R. c. Cunningham (1979), 49 C.C.C. (2d) 390 (C. cté Man.), p. 396.

Dans l’arrêt *Whitfield*, précité, p. 50, le juge Judson a affirmé qu’un « agent de police a le droit d’employer la force nécessaire pour faire une arrestation » (et, devrait-on ajouter, pour maintenir l’état d’arrestation). C’est du point de vue de la police que le juge Judson a fait cette affirmation parce que c’était la situation qui se présentait dans l’affaire *Whitfield* elle-même. Voir aussi *R. c. Tricker* (1995), 96 C.C.C. (3d) 198 (C.A. Ont.), p. 207, où la cour a reconnu qu’un policier a le droit d’employer une force raisonnable en procédant à une arrestation pour une infraction provinciale prévue dans le *Code de la route*, L.R.O. 1990, ch. H.8. Comme nous l’avons vu, le droit d’employer une force raisonnable est toutefois lié, en common law, à la mise en état d’arrestation, et non au statut de la personne qui procède à l’arrestation : voir également *Lerke*, précité, p. 134, et *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. 1990), vol. II(I), p. 524-525.

Le juge du procès a reconnu qu’un policier pouvait employer une force raisonnable, mais il a conclu que l’occupant ne pouvait pas le faire, même si l’art. 9 confère un seul pouvoir d’arrestation pouvant être exercé par « [u]n agent de police, l’occupant des lieux ou une personne que ce dernier a autorisée à cet effet ». En common law également, comme nous l’avons vu, les pouvoirs de la police découlent des pouvoirs d’arrestation que possède le simple citoyen. Il serait donc anormal qu’en exerçant exactement le même pouvoir légal, la police puisse employer une force raisonnable pour maintenir l’état d’arrestation, et que l’occupant qui effectue une arrestation précisément en vertu du même pouvoir conféré par le par. 9(2), ne puisse pas le faire. En matière de pouvoir d’arrestation, la *LESA* n’établit pas plus que la common law une distinction fondée sur le statut de la personne qui exerce ce pouvoir. En fait, la légalité de l’emploi de la force en vertu de la *LESA* a été confirmée tant dans les cas où l’arrestation avait été effectuée par des policiers (*R. c. Ambrose*, [1999] O.J. No. 3607 (QL) (C.J.), *Spencer c. Pollard* (1989), 68 O.R. (2d) 730 (C. dist.), et *Pozniak c. Sault Ste. Marie Police Services*

52

53

Viking Rideau Corp., [2001] O.J. No. 5045 (QL) (S.C.J.)).

Board (2000), 139 O.A.C. 186 (C. div.)), que dans ceux où elle avait été effectuée par un occupant (*Mobarakizadeh c. Viking Rideau Corp.*, [2001] O.J. No. 5045 (QL) (C.S.J.)).

54

If the law were otherwise, s. 9 of the *TPA* would have conferred on the occupier a completely symbolic power of arrest. The concept, rejected in *Whitfield*, would be resuscitated for arrests for provincial offences other than by peace officers. I do not think we should encourage a patchwork of different types of arrest unless the wording of a statute either expressly or by necessary implication requires us to do so.

Dans le cas contraire, l'art. 9 *LESA* aurait conféré à l'occupant un pouvoir d'arrestation purement symbolique. Cette notion, rejetée dans l'arrêt *Whitfield*, serait ravivée à l'égard des arrestations pour des infractions provinciales effectuées par des personnes autres que des agents de la paix. Je ne pense pas qu'il faille encourager la création d'une multiplicité de types d'arrestation, à moins que le libellé d'une loi nous oblige à le faire expressément ou par déduction nécessaire.

55

There is no such compelling circumstance here. On the contrary, the result of the appellant's argument would give trespassers like the appellant the upper hand simply by refusing to submit. They would render wrongful even the most reasonable efforts by the occupier to fulfill the *TPA* obligation to deliver him or her to the police.

Rien de tel nous oblige à le faire en l'espèce. Au contraire, faire droit à l'argument de l'appelant reviendrait à mettre les intrus comme l'appelant en position de force puisqu'ils n'auraient qu'à refuser de se soumettre. Deviendraient ainsi illégaux même les efforts les plus raisonnables que l'occupant déploierait pour s'acquitter de l'obligation, qui lui incombe en vertu de la *LESA*, de confier à la police la garde de l'intrus.

56

The appellant's strongest argument is the public interest in avoiding physical confrontations between private citizens. However, even on the appellant's theory, if the trespasser once arrested attempts to flee, the inspector would have a right to use reasonable force to prevent the commission of an indictable offence, namely evading lawful custody. Thus, denying the occupier the right to use reasonable force in making and continuing the arrest does not mean that in the arrest situation no force will be used. So too we must consider the common law powers of physical ejection of a trespasser discussed below. Anomalies as to when reasonable force can and cannot be used are avoided not only by recognition of the incidents of arrest at common law, but also by virtue of s. 28 of the *Interpretation Act* which provides:

L'argument le plus solide de l'appelant est l'intérêt du public à ce que les affrontements physiques entre simples citoyens soient évités. Cependant, même selon la thèse de l'appelant, si l'intrus tentait de s'enfuir après avoir été arrêté, l'inspecteur aurait le droit d'employer une force raisonnable pour empêcher la perpétration d'un acte criminel, à savoir l'évasion d'une garde légale. Ainsi, le refus d'accorder à l'occupant le droit d'employer une force raisonnable pour effectuer et poursuivre l'arrestation ne signifie pas qu'aucune force ne sera employée dans le cadre de l'arrestation. Nous devons donc tenir compte également du pouvoir de common law d'expulser un intrus, qui sera analysé plus loin. La reconnaissance des éléments accessoires de l'arrestation en common law et, en plus, l'art. 28 de la *Loi d'interprétation* permettent d'éviter les anomalies relatives à la question de savoir dans quels cas une force raisonnable peut être employée ou ne peut pas être employée. L'article 28 prévoit ceci :

28. In every Act, unless the contrary intention appears,

- (b) where power is given to a person, officer or functionary to do or to enforce the doing of an act or thing, all such powers shall be understood to be also given as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing; [Emphasis added.]

The appellant says that force is not a *necessary* element of arrest. In *Latimer*, he says, no force was used yet a *de facto* arrest resulted. Therefore, he says, s. 28(b) does not apply. The better view, however, is that the ability to use force often provides the necessary precondition to securing the submission of the person arrested. It is therefore necessary to the efficacy of the arrest power, as the facts of this case demonstrate.

The anomalies inherent in the appellant's position can be looked at in another way. It is not contested that an alternative to arrest would have been the forcible ejection of the appellant from the airport property: see *Diggs v. Century Investigation and Security Services Inc.*, [2002] O.J. No. 4251 (QL) (S.C.J.), at para. 62: "In ejecting the trespasser, the occupier or other person with authority may use a reasonable degree of force, so long as he uses no more force than is reasonably necessary"; *MacDonald v. Hees* (1974), 46 D.L.R. (3d) 720 (N.S.S.C.); *Mullins v. Levenick*, [1998] N.B.J. No. 60 (QL) (Q.B.). Ejection by necessary force is a defence now enshrined in s. 41(1) *Cr. C.* The situation would thus be, on the appellant's view, that the inspector could have used the force reasonably necessary to escort the appellant off the airport property, but if on their way down the arrivals ramp they met a policeman coming the other way, and the inspector delivered the appellant to the police instead of continuing their walk to the airport perimeter, the forced march, otherwise lawful, would have become assaultive. All would depend on the inspector's original intent, arrest or ejection.

28 Dans toute loi, sauf indication contraire :

- b) le pouvoir, conféré à un agent ou à un fonctionnaire, ou à toute autre personne, d'accomplir des actes ou de prendre des mesures, ou de les faire exécuter, implique également les pouvoirs accessoires qui sont nécessaires à leur accomplissement ou exécution; [Je souligne.]

L'appelant affirme que la force n'est pas un élément *nécessaire* de l'arrestation. Il ajoute que, dans l'affaire *Latimer*, aucune force n'a été employée et pourtant il y a eu arrestation de fait. Par conséquent, l'al. 28b) ne s'applique pas selon lui. Cependant, l'interprétation à retenir est celle voulant que la capacité d'employer la force est souvent la condition préalable nécessaire pour obtenir la soumission de la personne arrêtée. L'efficacité du pouvoir d'arrestation dépend donc de cette capacité, comme le démontrent les faits de la présente affaire.

Les anomalies inhérentes de la position de l'appelant peuvent être considérées sous un autre angle. On ne conteste pas que l'appelant aurait pu être expulsé des lieux de l'aéroport au lieu d'être arrêté : voir *Diggs c. Century Investigation and Security Services Inc.*, [2002] O.J. No. 4251 (QL) (C.S.J.), par. 62 : [TRADUCTION] « En expulsant un intrus, l'occupant ou toute autre personne autorisée peut employer une force raisonnable, pourvu que la force employée ne dépasse pas ce qui est raisonnablement nécessaire »; *MacDonald c. Hees* (1974), 46 D.L.R. (3d) 720 (C.S.N.-É.); *Mullins c. Levenick*, [1998] A.N.-B. n° 60 (QL) (B.R.). L'expulsion par l'emploi d'une force nécessaire est un mode de défense maintenant consacré au par. 41(1) *C. cr.* Du point de vue de l'appelant, l'inspecteur aurait donc pu employer la force raisonnablement nécessaire pour conduire l'appelant hors des lieux de l'aéroport, mais si en descendant la bretelle des arrivées, ils avaient rencontré un policier à qui l'inspecteur aurait confié la garde de l'appelant au lieu de continuer à marcher jusqu'à la sortie de l'aéroport, la marche forcée, par ailleurs légale, aurait constitué un acte d'agression. Tout dépendrait de l'intention qu'avait l'inspecteur

57

58

Such distinctions would serve no useful purpose, and should not be presumed to have been intended by the legislature.

59 Where a lawful arrest under the *TPA* occasions some intentional pushing and shoving, the question is, as the Court of Appeal noted, who should be treated as the wrongdoer, the inspector or the scooper? In my view, the respondent is correct. Providing the force used is no more than is reasonable and necessary, the person undertaking the arrest is acting within the scope of his or her s. 9 authority.

(g) *The “Negative Inference” From Other Provincial Legislation*

60 Against this general approach to the interpretation of s. 9 of the *TPA*, the appellant argues that a negative inference should be taken from other Ontario legislation. In particular, the appellant relies on s. 146 of the *Provincial Offences Act*, which I reproduce for ease of reference:

146. — (1) Every police officer is, if he or she acts on reasonable and probable grounds, justified in using as much force as is necessary to do what the officer is required or authorized by law to do.

(2) Every person upon whom a police officer calls for assistance is justified in using as much force as he or she believes on reasonable and probable grounds is necessary to render such assistance.

61 On the appellant’s reading, the fact that the *Provincial Offences Act* shields police officers but not private individuals (unless acting at the request of the police for assistance) is “a clear indication” that s. 9 does not authorize citizens to use reasonable force when making an arrest.

62 I agree with the Court of Appeal that such a “negative inference” is not warranted. Sections 146 and 147 of the *Provincial Offences Act* do not in and of themselves grant authority to the police or to anyone else to use force in making an arrest. Their sole function, as with the parallel provision in s. 25 *Cr. C.*, is to confer a limited immunity: *Eccles*,

au départ : procéder à une arrestation ou à une expulsion. De telles distinctions seraient inutiles, et on ne saurait présumer que le législateur a voulu les établir.

Lorsqu’une arrestation légale fondée sur la *LESA* donne lieu à une bousculade délibérée, il faut se demander, comme l’a souligné la Cour d’appel, qui de l’inspecteur ou du *scooper* doit être considéré comme fautif. À mon avis, l’intimée a raison. Pourvu que la force employée ne dépasse pas ce qui est raisonnable et nécessaire, la personne qui procède à l’arrestation agit conformément à l’autorisation que lui donne l’art. 9.

g) *L’« inférence négative » faite à partir d’autres lois provinciales*

À l’encontre de ce mode d’interprétation général de l’art. 9 *LESA*, l’appelant fait valoir qu’une inférence négative devrait être faite à partir d’autres textes législatifs de l’Ontario. Plus particulièrement, l’appelant invoque l’art. 146 de la *Loi sur les infractions provinciales*, que je reproduis pour en faciliter la consultation :

146 (1) S’il agit en s’appuyant sur des motifs raisonnables et probables, l’agent de police est fondé à employer la force nécessaire pour accomplir ce que la loi l’oblige ou l’autorise à faire.

(2) Toute personne à laquelle un agent de police demande de l’aide est fondée à utiliser la force qu’elle croit nécessaire, en s’appuyant sur des motifs raisonnables et probables, pour fournir cette aide.

Selon l’interprétation donnée par l’appelant, le fait que la *Loi sur les infractions provinciales* protège les policiers, mais non les particuliers (sauf s’ils agissent à la suite d’une demande d’aide de la part d’un policier), indique clairement que l’art. 9 n’autorise pas les citoyens à employer une force raisonnable en effectuant une arrestation.

Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’une telle « inférence négative » n’est pas justifiée. Les articles 146 et 147 de la *Loi sur les infractions provinciales* n’autorisent pas la police ou qui que ce soit d’autre à employer la force en procédant à une arrestation. Leur seul but, comme c’est le cas pour la disposition analogue contenue à l’art. 25

supra. An occupier making an arrest under the *TPA* without meeting the conditions of s. 146 simply proceeds without the benefit of s. 146 protection, and must look to the common law for a “shield”.

The appellant also relies on a negative inference from the fact that the use of necessary force is *explicitly* authorized in the context of arrest in Ontario’s *Fish and Wildlife Conservation Act, 1997*, s. 93(2) (“A conservation officer may use as much force as is necessary to make an arrest under this section”), and the *Fish Inspection Act*, s. 7(3) (“An inspector may use as much force as is necessary to make an arrest under subsection (2)”). Both of these provisions were enacted *after* the date of the trial judgment herein (May 8, 1996) but *before* the decision of the Ontario Court of Appeal (October 1, 2001). I agree with the Court of Appeal here as well that a negative inference is not justified. The fishing statutes require the arresting official to release the person arrested as soon as practicable, unless a series of conditions are met. The focus is on terminating the activity rather than delivering the arrested individual to the police. For various reasons, therefore, it was apparently thought necessary to spell out the authority to use “necessary” force. Be that as it may, I agree with the Court of Appeal that the fact the legislature chose to put additional detail into fishing laws does not alter the common law content of the word “arrest” incorporated by reference into s. 9 of the *TPA*.

(h) *Other Comparable Provincial Legislation*

No trespass statute enacted by a Canadian province explicitly authorizes the use of force in making an arrest. Nonetheless, most provincial trespass statutes empower owners (or their agents) and police officers to arrest trespassers. See, e.g., *Trespass to Premises Act*, R.S.A. 2000, c. T-7, s. 5 (Alberta); *Petty Trespasses Act*, R.S.M. 1987, c. P50, s. 2

C. cr., est de conférer une immunité restreinte : *Eccles*, précité. Un occupant qui effectue une arrestation en vertu de la *LESA* sans respecter les conditions de l’art. 146 ne bénéficie tout simplement pas de la protection de l’art. 146, et doit chercher protection dans la common law.

L’appelant invoque également une inférence négative fondée sur le fait que le par. 93(2) de la *Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune* (« L’agent de protection de la nature peut avoir recours à toute la force nécessaire pour procéder à une arrestation en vertu du présent article »), et le par. 7(3) de la *Loi sur l’inspection du poisson* (« L’inspecteur peut avoir recours à toute la force nécessaire pour procéder à une arrestation en vertu du paragraphe (2) ») autorisent *expressément* l’emploi d’une force nécessaire lors d’une arrestation en Ontario. Ces dispositions ont toutes deux été adoptées *après* le jugement de première instance (8 mai 1996), mais *avant* la décision de la Cour d’appel de l’Ontario (1^{er} octobre 2001). En l’espèce, je conviens avec la Cour d’appel qu’une inférence négative n’est pas justifiée non plus. Les lois en matière de pêche exigent que le fonctionnaire qui procède à l’arrestation relâche le plus tôt possible la personne arrêtée, à moins qu’une série de conditions soient remplies. L’accent est mis sur la cessation de l’activité plutôt que sur l’obligation de confier à la police la garde de la personne arrêtée. Pour diverses raisons, on semble donc avoir jugé nécessaire d’explicitement l’autorisation d’employer la force « nécessaire ». Quoi qu’il en soit, je conviens avec la Cour d’appel que le fait que le législateur a choisi de donner des détails supplémentaires dans les lois sur la pêche ne change rien au contenu de common law du mot « arrestation », incorporé par renvoi dans l’art. 9 *LESA*.

h) *Les autres lois provinciales comparables*

Au Canada, aucune loi provinciale en matière d’entrée sans autorisation n’autorise *expressément* l’emploi de la force lors d’une arrestation. Néanmoins, la plupart de ces lois permettent aux propriétaires (ou à leurs mandataires) et aux policiers d’arrêter les intrus. Voir, par exemple, la *Trespass to Premises Act*, R.S.A. 2000, ch. T-7,

63

64

(Manitoba); *Petty Trespass Act*, R.S.N.L. 1990, c. P-11, s. 4 (Newfoundland and Labrador); *Trespass Act*, S.N.B. 1983, c. T-11.2, s. 7 (New Brunswick). In none of these provisions is the use of reasonable force mentioned, yet in each case the occupier is under a duty to hand over the person arrested to the police, provincial court judge or justice of the peace. It is that duty, which is itself foreshadowed in the common law, that implies that a reasonable force may be applied to achieve the statutory purpose.

65

Other provinces have rejected the notion of occupier's arrest, preferring to keep arrest (and the potential use of force) in the hands of the police. Thus, British Columbia's *Trespass Act* allows owners to question the trespasser for their identity, but not to arrest them. Only police officers may undertake an arrest: *Trespass Act*, R.S.B.C. 1996, c. 462, ss. 8-10. Similarly, Nova Scotia and P.E.I.'s trespass statutes only authorize police officers to arrest trespassers: *Trespass to Property Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. T-6, s. 5; *Protection of Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 363, s. 6. These statutes simply reflect a different legislative approach to the one adopted in Ontario, and may reflect policy concerns similar to those expressed by the trial judge in this case.

(i) *Relevant Federal Legislation*

66

Over 20 federal statutes authorize some form of "citizen's" arrest, but only three explicitly authorize the use of force in arresting an individual without a warrant: the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 55 and 138; the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 154 (as amended by R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 48), and the *Coastal Fisheries Protection Act*, R.S.C. 1985, c. C-33, s. 8 (as amended by S.C. 1999, c. 19, s. 5). The remainder of the federal statutes authorize arrest without reference to the use of force, but require the person arrested to be delivered

art. 5 (Alberta); la *Loi sur l'intrusion*, L.R.M. 1987, ch. P50, art. 2 (Manitoba); la *Petty Trespass Act*, R.S.N.L. 1990, ch. P-11, art. 4 (Terre-Neuve et Labrador); la *Loi sur les actes d'intrusion*, L.N.-B. 1983, ch. T-11.2, art. 7 (Nouveau-Brunswick). Aucune de ces dispositions ne mentionne l'emploi d'une force raisonnable, quoique l'occupant soit tenu, dans chaque cas, de livrer la personne arrêtée à la police, à un juge de cour provinciale ou à un juge de paix. C'est cette obligation, que laisse présager la common law, qui implique qu'une force raisonnable peut être employée pour réaliser l'objet de la loi.

D'autres provinces ont rejeté la notion d'arrestation par l'occupant, préférant réserver aux policiers le pouvoir d'arrestation (et la possibilité d'employer la force). Ainsi, la *Trespass Act* de la Colombie-Britannique permet aux propriétaires de demander aux intrus de s'identifier, mais non de les arrêter. Seuls les policiers peuvent procéder à une arrestation : *Trespass Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 462, art. 8-10. De même, les lois de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard relatives à l'intrusion autorisent seulement les policiers à arrêter les intrus : *Trespass to Property Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. T-6, art. 5; *Protection of Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 363, art. 6. Ces lois reflètent tout simplement une approche législative différente de celle adoptée en Ontario, et peuvent répondre à des préoccupations de politique générale semblables à celles exprimées, en l'espèce, par le juge du procès.

i) *Les lois fédérales pertinentes*

Plus de 20 lois fédérales autorisent une forme quelconque d'arrestation « par un simple citoyen », mais seulement trois de ces lois autorisent expressément l'emploi de la force lors de l'arrestation sans mandat d'une personne : la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 55 et 138, la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 154 (modifié par L.R.C. 1985, ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 48), et la *Loi sur la protection des pêches côtières*, L.R.C. 1985, ch. C-33, art. 8 (modifié par L.C. 1999, ch. 19, art. 5). Les autres lois fédérales autorisent l'arrestation sans mentionner

forthwith to a peace officer in terms similar to s. 9(2) of the *TPA*.

It can thus be seen that it is common practice for both Parliament and the provincial legislatures to use the word “arrest” without further explanation or further qualification in a wide variety of contexts, leaving the incidents (including the use of reasonable force) to be supplied by interpretation acts or the common law.

(j) *Policy Arguments*

The concern expressed by the trial judge about the potential escalation of violence if private occupiers have the right to use force in furtherance of their private interest is a real one, although the emphasis on “private” interest must be qualified by the acknowledgment that the prosecution, if it proceeds, is subject to the control of a Crown Attorney and a fine, if any, is payable to the public purse.

The *TPA* relates to a highly specific and limited offence. The effect of denying the occupier the right to use *any* degree of force would be to subject him or her to tort claims because of the attempt to deliver the arrested person to the police in compliance with s. 9(2) of the *TPA*. In the present case, for example, the appellant followed up the door-shoving incident on July 25 with a private assault charge against the inspector. It seems to me that if the legislature considers a matter of sufficient importance to warrant the grant of a special power of arrest, it would not wish, as a matter of policy, to “chill” its exercise by denying any protection to those who exercise it in a reasonable way.

The appellant also contends that the legislature could not have intended to escalate a minor provincial offence such as trespass into a major “escape arrest” offence under the *Criminal Code*. This escalation is not surprising. Firstly, even the appellant now admits that he was properly convicted of escaping lawful custody, which is equally an offence prosecutable by summary conviction or indictment

l’emploi de la force, mais exigent — en des termes semblables à ceux utilisés au par. 9(2) *LESA* — que la garde de la personne soit immédiatement confiée à un agent de la paix.

On peut donc constater que le Parlement et les législatures provinciales ont l’habitude d’utiliser le terme « arrestation » sans autre explication ou nuance dans toutes sortes de contextes, les éléments accessoires (dont l’emploi d’une force raisonnable) devant être précisés au moyen des lois d’interprétation et de la common law.

j) *Les arguments de politique générale*

Le juge du procès a raison de s’inquiéter de l’escalade de violence susceptible de résulter si les occupants de lieux privés ont le droit d’employer la force pour défendre leur intérêt personnel, et ce, même si l’accent mis sur l’intérêt « personnel » doit être atténué par la reconnaissance du fait que si des poursuites sont intentées, elles le seront par un procureur du ministère public, et que toute amende infligée devra être versée au trésor public.

La *LESA* a trait à une infraction très particulière et limitée. Refuser à l’occupant le droit d’employer *quelque* force que ce soit aurait pour effet de l’exposer à une action en responsabilité civile pour avoir tenté de confier à la police la garde de la personne arrêtée, conformément au par. 9(2) *LESA*. En l’espèce, par exemple, après l’incident de la portière survenu le 25 juillet, l’appelant a lui-même porté contre l’inspecteur une accusation de voies de fait. Il me semble que, si le législateur considère qu’il est suffisamment important d’accorder un pouvoir spécial d’arrestation, il ne voudra pas, sur le plan de la politique générale, en « paralyser » l’exercice en refusant toute protection à ceux qui l’exercent de façon raisonnable.

L’appelant soutient également que le législateur ne peut pas avoir eu l’intention de transformer une infraction provinciale mineure comme l’entrée sans autorisation en une infraction majeure d’« évasion d’une garde » prévue au *Code criminel*. Cette transformation n’a rien d’étonnant. Premièrement, l’appelant lui-même reconnaît maintenant qu’il a été, à juste titre, déclaré coupable de l’infraction d’évasion

67

68

69

70

under the *Criminal Code*. Secondly, the law regards a defiance of lawful authority more seriously than the original offending act in many circumstances, e.g., the sanctions meted out for leaving the scene of an accident. The triggering offence may be quite minor, e.g., careless driving, but if there is an attempt to evade civil or criminal liability, it is the evasion to which the law attaches greater importance. Similarly, the act of resisting lawful arrest or escaping lawful custody can reasonably be seen as more serious than a simple trespass against private property, and the *Criminal Code* so regards it.

(k) *What Level of Force is Reasonable and Justified?*

71

Many trespasses are of trivial importance. They are best handled by means short of an arrest. This was recognized in the 1987 Ontario Ministry of the Attorney General's paper *This land is whose land?*, *supra*, at pp. 14-15:

An arrest is a grave imposition on another person's liberty and should only be attempted if other options prove ineffective. Further, an arrest attempt may lead to a confrontation more serious than the initial offence of trespass, and should be exercised with caution. Excessive force or improper use of the arrest power, may leave the occupier, or a designated agent, open to both criminal charges and civil liability.

72

Individuals who were wrongly arrested, or against whom unreasonable force was used, have successfully pursued prosecutions for assault as well as claims for civil damages against the arresting party. See, e.g., *Chopra v. Eaton (T.) Co.* (1999), 240 A.R. 201 (Q.B.), at para. 147 (private security guard liable in damages for unnecessarily putting store customer in headlock and handcuffing him); *Briggs v. Laviolette* (1994), 21 C.C.L.T. (2d) 105 (B.C.S.C.) (private citizen liable in damages for bodily injury caused by slapping in face and poking with stick an individual he thought had broken his car window); and *R. v. Freaque* (1990), 85 Nfld. &

d'une garde légale, laquelle constitue une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ou par voie de mise en accusation en vertu du *Code criminel*. Deuxièmement, la loi considère que défier une autorité légale est, dans bien des cas, plus grave que l'infraction initiale, comme en font foi notamment les sanctions infligées aux personnes qui quittent les lieux d'un accident. L'infraction initiale peut être assez mineure comme, par exemple, la conduite imprudente, mais si son auteur tente d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle, c'est cette tentative qui est plus grave selon la loi. De même, le fait de résister à une arrestation légale ou de s'évader d'une garde légale peut raisonnablement être considéré comme étant plus grave qu'une simple entrée sans autorisation dans une propriété privée; telle est la perception du *Code criminel*.

k) *Quelle force est raisonnable et justifiée?*

Plusieurs entrées sans autorisation ont peu d'importance. Il est préférable de les traiter sans recourir à l'arrestation. Le ministère du Procureur général de l'Ontario a reconnu ce principe dans son document de 1987 intitulé *À qui cette terre?*, *op. cit.*, p. 15 :

Une arrestation constitue une atteinte grave à la liberté d'une autre personne et elle ne devrait être tentée que si les autres solutions ne donnent aucun résultat. De plus, une tentative d'arrestation peut entraîner une confrontation plus grave que l'infraction initiale, et elle devrait être faite avec précaution. Le recours à une force excessive ou l'usage abusif du pouvoir d'arrestation peut exposer l'occupant, ou son représentant désigné, à des poursuites criminelles et à la responsabilité civile.

Des personnes qui ont été arrêtées à tort, ou contre lesquelles une force déraisonnable a été employée, ont eu gain de cause tant dans des poursuites pour voies de fait que dans des actions civiles en dommages-intérêts intentées contre l'auteur de leur arrestation. Voir, par exemple, *Chopra c. Eaton (T.) Co.* (1999), 240 A.R. 201 (B.R.), par. 147 (gardien de sécurité privé condamné à payer des dommages-intérêts à un client pour lui avoir fait une prise de tête et mis les menottes inutilement); *Briggs c. Laviolette* (1994), 21 C.C.L.T. (2d) 105 (C.S.C.-B.) (citoyen condamné à payer des dommages-intérêts pour des lésions corporelles causées en

P.E.I.R. 25 (Nfld. Prov. Ct.) (building owner convicted of assault for using excessive force against 11-year-old suspected trespasser).

A certain amount of latitude is permitted to police officers who are under a duty to act and must often react in difficult and exigent circumstances: *Cluett v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 216, at p. 222; *R. v. Biron*, [1976] 2 S.C.R. 56, at p. 64 (Laskin C.J., dissenting); *Besse v. Thom* (1979), 96 D.L.R. (3d) 657 (B.C. Co. Ct.), at p. 667, reversed on other grounds at (1979), 107 D.L.R. (3d) 694 (B.C.C.A.); *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (B.C.C.A.), at p. 218. The same latitude will not necessarily be shown to an occupier who is under no duty to act and who instigates a confrontation with a trespasser.

Further, “reasonable force” in the context of the TPA may have to have regard not only to what force is necessary to accomplish the arrest, but also to whether a forcible arrest was in all the circumstances a reasonable course of action in the first place. I say this because determining whether “a defendant who claims to have been enforcing the criminal law is liable in tort necessarily involves taking into account what the criminal law states is or is not justifiable conduct” (emphasis added): G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, at p. 70.

Justification in the criminal law looks at a broader range of factors than simply the physical force required to restrain a person arrested: see, e.g., *R. v. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482 (Ont. C.A.), in which it was explained *per Doherty J.A.*, at p. 499, that justifiability under s. 25 *Cr. C.* (and, by extension, s. 146 of the *Provincial Offences Act*)

depends on a number of factors including the duty being performed, the extent to which some interference with

frappant au visage et à coups de bâton une personne qu’il soupçonnait d’avoir cassé la glace de sa voiture); *R. c. Freake* (1990), 85 Nfld. & P.E.I.R. 25 (C. prov. T.-N.) (propriétaire d’immeuble déclaré coupable de voies de fait pour avoir employé une force excessive contre un présumé intrus âgé de 11 ans).

Une certaine latitude est laissée aux policiers qui ont l’obligation d’agir et qui doivent souvent réagir à des situations difficiles et urgentes : *Cluett c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 216, p. 222; *R. c. Biron*, [1976] 2 R.C.S. 56, p. 64 (le juge en chef Laskin, dissident); *Besse c. Thom* (1979), 96 D.L.R. (3d) 657 (C. cté C.-B.), p. 667, infirmé pour d’autres motifs par (1979), 107 D.L.R. (3d) 694 (C.A.C.-B.); *R. c. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (C.A.C.-B.), p. 218. L’occupant qui n’a aucune obligation d’agir et qui amorce un affrontement avec un intrus ne bénéficie pas nécessairement de la même latitude.

En outre, il se peut que, dans le contexte de la *LESA*, la « force raisonnable » se rapporte non seulement à la force nécessaire pour effectuer l’arrestation, mais également à la question de savoir si l’arrestation par la force constituait, au départ, une ligne de conduite raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Je dis cela parce que, pour décider si [TRADUCTION] « un défendeur qui prétend avoir appliqué le droit criminel peut voir sa responsabilité civile engagée, il faut nécessairement tenir compte de ce que le droit criminel considère comme un comportement justifiable » (je souligne) : G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, p. 70.

Pour décider si un comportement est justifié en droit criminel, il faut tenir compte d’une gamme de facteurs allant au-delà de la simple force physique requise pour retenir une personne arrêtée : voir, par exemple, *R. c. Simpson* (1993), 79 C.C.C. (3d) 482 (C.A. Ont.), où le juge Doherty a expliqué, à la p. 499, que le caractère justifié, au sens de l’art. 25 *C. cr.* (et, par extension, au sens de l’art. 146 de la *Loi sur les infractions provinciales*), dépend de ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . un lot de facteurs doivent être pris en considération [. . .], notamment le devoir dont il

73

74

75

individual liberty is necessitated in order to perform that duty, the importance of the performance of that duty to the public good, the liberty interfered with, and the nature and extent of the interference.

76

This dictum was approved and applied by this Court in *Godoy, supra*, at para. 18, and is quite consistent, it seems to me, with the advice mentioned earlier in the 1987 Ministry of the Attorney General's paper *This land is whose land?, supra*, that an arrest "should only be attempted if other options prove ineffective" (p. 14). It is also consistent with s. 495(2) *Cr. C.* which provides that a police officer shall not make an arrest (unless a warrant is obtained) with respect to summary conviction (and some other lesser) offences unless it is necessary to do so to establish the identity of the person arrested, to secure or preserve evidence of or relating to the offence, to prevent the continuation or repetition of the offence or the commission of another offence, or to secure the attendance in court of the person arrested. I mention this argument because, in a proper case, it might provide a further constraint in tort on any potential abuse of s. 9. The scope of justification in the context of a *TPA* arrest will have to await a proper case where an occupier who is sued in tort as a result of a *TPA* arrest is called upon to demonstrate that the arrest, as well as the force used to effect it, was reasonable in all the circumstances.

(1) *Charter Implications*

77

As mentioned, the courts below rejected the appellant's *Charter* challenge to s. 9 of the *TPA* based on s. 7 ("fundamental justice") and s. 9 ("arbitrary detention or imprisonment"). The challenge was not renewed here. On the facts, we are not called on in this case to address the question whether a citizen's arrest could be construed as state action for purposes of the *Charter*, as held by the

s'acquitte, la mesure dans laquelle il est nécessaire de porter atteinte à la liberté individuelle afin d'accomplir ce devoir, l'importance que présente l'exécution de ce devoir pour l'intérêt public, la liberté à laquelle on porte atteinte ainsi que la nature et l'étendue de l'atteinte.

Cette remarque incidente, que notre Cour a approuvée et appliquée dans l'arrêt *Godoy*, précité, par. 18, me semble tout à fait compatible avec le conseil susmentionné que le ministère du Procureur général a donné, en 1987, dans son document intitulé *À qui cette terre?, op. cit.*, selon lequel une arrestation « ne devrait être tentée que si les autres solutions ne donnent aucun résultat » (p. 15). Elle est également compatible avec le par. 495(2) *C. cr.* qui prévoit qu'un policier ne doit pas procéder à une arrestation (à moins d'avoir obtenu un mandat en ce sens) pour les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (et d'autres infractions moindres), à moins que ce ne soit nécessaire pour identifier la personne arrêtée, pour recueillir ou conserver une preuve de l'infraction ou une preuve y relative, pour empêcher que l'infraction se poursuive ou se répète ou qu'une autre infraction soit commise, ou pour assurer que la personne arrêtée sera présente au tribunal. Je mentionne cet argument parce que, dans un cas s'y prêtant, il pourrait constituer une autre restriction — sur le plan de la responsabilité civile — à toute possibilité de recours abusif à l'art. 9. Pour déterminer l'étendue de la justification dans le contexte d'une arrestation fondée sur la *LESA*, il faudra attendre un cas s'y prêtant, où un occupant poursuivi au civil, à la suite d'une arrestation fondée sur la *LESA*, sera appelé à démontrer que l'arrestation, ainsi que la force employée pour l'effectuer, était raisonnable compte tenu de toutes les circonstances.

1) *Les incidences de la Charte*

Comme nous l'avons vu, les tribunaux d'instance inférieure ont rejeté la contestation par l'appelant de l'art. 9 *LESA*, qui était fondée sur l'art. 7 (« justice fondamentale ») et sur l'art. 9 (« détention ou emprisonnement arbitraire ») de la *Charte*. Cette contestation n'a pas été réitérée devant notre Cour. À la lumière des faits, nous ne sommes pas appelés à nous demander si, comme l'a décidé la Cour

Alberta Court of Appeal in *Lerke*, *supra*, at p. 134 and, if so, what consequences might flow from that ruling.

(m) *Application to the Facts of this Case*

The trial judge was under no doubt that arrest was a reasonable course of action on the facts of this case. All other attempts to secure the appellant's compliance had failed, as the trial judge explained, at para. 154:

While an inspector could swear an information causing the court to summons the alleged offender, such an approach would not satisfactorily address the blatant, ongoing commission of the offence. Likewise, a direction to Mr. Asante-Mensah to leave the property had historically proven to be a meaningless communication. The act of private arrest stops the commission of the offence and prevents its continuation.

The appellant now concedes that if the inspector was entitled to use force, then the amount of force applied by the inspector was reasonable.

V. Conclusion

In my view, "arrest" in the context of the *TPA* should be seen as a continuing status initiated by words accompanied by physical touching or submission and ending with delivery to the police, maintained as necessary with a force that is no more than reasonable in all the circumstances. I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Kelly, Jennings & Lacy, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Lerke*, précité, p. 134, l'arrestation par un simple citoyen peut être considérée comme un acte de l'État pour l'application de la *Charte*, et dans l'affirmative, quelles pourraient être les conséquences d'une telle décision.

m) *Application aux faits de la présente affaire*

Le juge du procès ne doutait pas que l'arrestation était une ligne de conduite raisonnable compte tenu des faits de la présente affaire. Toutes les autres tentatives d'obtenir la soumission de l'appelant avaient échoué, comme le juge du procès l'a expliqué (au par. 154) :

[TRADUCTION] Un inspecteur pourrait faire une dénonciation sous serment et amener ainsi le tribunal à assigner le présumé contrevenant, mais une telle approche ne réglerait pas de façon satisfaisante la question de la perpétration flagrante et continue de l'infraction. De même, c'est en vain que l'on avait déjà ordonné à M. Asante-Mensah de quitter les lieux. L'arrestation effectuée par un particulier permet de mettre fin à la perpétration de l'infraction et d'en empêcher la continuation.

L'appelant reconnaît maintenant que, si l'inspecteur avait le droit d'employer la force, alors la force qu'il a employée était raisonnable.

V. Conclusion

Selon moi, l'« arrestation », dans le contexte de la *LESA*, devrait être considérée comme un état continu, créé par des mots accompagnés d'un toucher physique ou d'une soumission et se terminant au moment où la garde de la personne arrêtée est confiée à la police, lequel état peut être maintenu, si nécessaire, au moyen d'une force ne dépassant pas ce qui est raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Kelly, Jennings & Lacy, Toronto.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

78

79

80

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

**Joseph Patrick Authorson, deceased, by his
Litigation Administrator, Peter Mountney,
and by his Litigation Guardian, Lenore
Majoros** *Respondent*

**INDEXED AS: AUTHORSON v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)**

Neutral citation: 2003 SCC 39.

File No.: 29207.

2003: April 10: 2003: July 17.

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

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

Civil rights — Due process rights respecting property — Expropriation without compensation — Veterans' pension and allowances — Government administering pensions and other benefits for war veterans and failing to invest funds or pay interest — Legislation barring claim to interest for the period prior to 1990 — Whether due process protections of Canadian Bill of Rights guard against expropriation of property by passage of valid legislation — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, ss. 1(a), 2(e) — Department of Veterans Affairs Act, R.S.C. 1985, c. V-1, s. 5.1(4).

The respondent was named representative plaintiff of a class of disabled veterans who received pensions and other benefits from the Crown under three different statutes. These funds were administered by the Department of Veterans Affairs ("DVA") because the veterans were deemed incapable of managing their money. These funds were rarely invested or credited with interest until 1990, when the DVA began paying interest on the accounts. But Parliament chose to limit the Crown's liability for past interest by enacting s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act* which provides that no claim shall be made after the coming into force of the provision for or on account of interest on moneys held or administered by the Minister during any period prior to January 1,

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

**Joseph Patrick Authorson, décédé,
représenté par son administrateur à
l'instance, Peter Mountney, et par sa tutrice
à l'instance, Lenore Majoros** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : AUTHORSON c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

Référence neutre : 2003 CSC 39.

N° du greffe : 29207.

2003 : 10 avril; 2003 : 17 juillet.

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

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

Libertés civiles — Droit à l'application régulière de la loi quant à la jouissance des biens — Expropriation sans indemnisation — Pensions et allocations des anciens combattants — Gestion des pensions et autres allocations des anciens combattants par le gouvernement et défaut de celui-ci de les placer ou de verser des intérêts — Mesure législative rendant irrecevable toute demande visant les intérêts pour la période antérieure à 1990 — Les garanties d'application régulière de la loi établies dans la Déclaration canadienne des droits protègent-elles contre l'expropriation découlant de l'adoption d'une loi valide? — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44, art. 1(a), 2(e) — Loi sur le ministère des Anciens combattants, L.R.C. 1985, ch. V-1, art. 5.1(4).

L'intimé a été nommé représentant d'un groupe d'anciens combattants invalides bénéficiaires d'une pension et d'autres allocations de l'État en vertu de trois lois différentes. Le ministère des Anciens combattants (« ACC ») gérait les fonds de ces anciens combattants parce qu'ils étaient réputés incapables de gérer leurs affaires. Il est rare que ces fonds aient été placés ou que des intérêts aient été versés avant 1990, année où ACC a commencé à verser des intérêts sur ces comptes. Le législateur a toutefois décidé de limiter la responsabilité de l'État relativement aux intérêts non versés auparavant en édictant le par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, qui rend irrecevables les demandes présentées après son entrée

1990 pursuant to any of the three relevant statutes. The class sued the Crown, alleging breach of fiduciary duty and claiming that the s. 5.1(4) bar was inoperative under the *Canadian Bill of Rights*, because it was inconsistent with the right not to be deprived of the enjoyment of property except by due process of law (s. 1(a)) and the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of one's rights and obligations (s. 2(e)). The Ontario Superior Court of Justice held that the Crown owed a fiduciary duty to the disabled veterans, and so was obliged to either invest the funds on their behalf, or pay interest, and that s. 5.1(4) of the Act was inoperative under the *Bill of Rights*. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed.

Where federal legislation conflicts with the protections of the *Bill of Rights*, unless the conflicting legislation expressly declares that it operates notwithstanding the *Bill of Rights*, the *Bill of Rights* applies and the legislation is inoperative. The *Bill of Rights* protects only rights that existed in 1960, prior to its passage.

Section 5.1(4) of the Act is not inconsistent with either s. 1(a) or s. 2(e) of the *Bill of Rights* and the veterans were lawfully denied interest on their pension and other benefits. The due process protections in s. 1(a) of the *Bill of Rights* do not require that the veterans receive notice and a hearing before Parliament prior to the passage of expropriative legislation. Long-standing parliamentary tradition has never required that procedure, and due process protections cannot interfere with the right of the legislative branch to determine its own procedure. Such a power to interfere would effectively amend the Canadian Constitution. Further, although due process protections of property in the *Bill of Rights* do confer certain rights to notice and an opportunity to make submissions in the adjudication of individual rights and obligations, no such rights are at issue in this case. No adjudicative procedure is necessary for the nondiscretionary application of a law to incontestable facts. Lastly, while substantive rights may stem from due process, the *Bill of Rights* does not protect against the expropriation of property by the passage of unambiguous legislation. Parliament has the right to expropriate property, even without compensation, if it has

en vigueur visant les intérêts afférents aux sommes détenues ou gérées par le ministre pendant une période antérieure au 1^{er} janvier 1990 en vertu de l'une des trois lois en cause. Le groupe a poursuivi l'État pour manquement à son obligation fiduciaire, en prétendant que le par. 5.1(4) était inopérant en raison de son incompatibilité avec la *Déclaration canadienne des droits* parce que, selon la garantie établie à l'al. 1a), un individu ne peut être privé de la jouissance d'un bien que par l'application régulière de la loi, et parce que l'al. 2e) garantit à chacun le droit à une audition impartiale selon les principes de justice fondamentale pour la définition de ses droits et obligations. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a statué que l'État avait une obligation de fiduciaire envers les anciens combattants invalides et qu'il était donc tenu soit de placer ces fonds pour leur compte, soit de leur verser des intérêts; le par. 5.1(4) de la Loi était donc inopérant par application de la *Déclaration canadienne des droits*. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

En cas de conflit entre une loi fédérale et les garanties établies dans la *Déclaration canadienne des droits*, celle-ci s'applique et rend la loi incompatible inopérante, à moins que cette loi ne déclare expressément qu'elle s'applique nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*. La *Déclaration canadienne des droits* ne protège que les droits qui existaient avant son entrée en vigueur en 1960.

Le paragraphe 5.1(4) de la Loi n'est incompatible ni avec l'al. 1a) ni avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* et les anciens combattants ont été privés en toute légalité des intérêts sur leurs pensions et autres allocations. La garantie d'application régulière de la loi établie à l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* ne confère pas aux anciens combattants le droit à un préavis et à une audition par le Parlement avant l'adoption d'une loi expropriatrice. Notre longue tradition parlementaire n'a jamais exigé une telle procédure et les garanties d'application régulière de la loi ne peuvent entraver le droit de l'organe législatif d'établir sa propre procédure. Un tel pouvoir modifierait en fait la Constitution canadienne. De plus, bien que les garanties d'application régulière de la loi quant à la jouissance des biens établies dans la *Déclaration canadienne des droits* confèrent certains droits à un préavis et à la possibilité de présenter des observations dans le cadre d'un processus juridictionnel portant sur des droits et obligations individuels, de tels droits ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Aucune procédure juridictionnelle n'est nécessaire pour l'application non discrétionnaire d'une loi à des faits incontestables. Enfin, bien que des droits

made its intention clear and, in s. 5.1(4), Parliament's expropriative intent is clear and unambiguous.

Section 2(e) of the *Bill of Rights* applies only to guarantee the fundamental justice of proceedings before any tribunal or administrative body that determine individual rights and obligations. It does not impose on Parliament the duty to provide a hearing before the enactment of legislation.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Lapointe v. Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montréal*, [1906] A.C. 535; *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Florence Mining Co. v. Cobalt Lake Mining Co.* (1909), 18 O.L.R. 275; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the statute law in relation to war veterans, S.C. 1990, c. 43, s. 64(2).
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [reproduced in R.S.C. 1985, App. III], ss. 1(a), 2(e), 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms. Constitution Act, 1867, preamble.
Department of Veterans Affairs Act, R.S.C. 1985, c. V-1, ss. 5(d), 5.1(4) [ad. 1990, c. 43, s. 2].
Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 21(2).
Pension Act, R.S.C. 1985, c. P-6, s. 41(1).
War Veterans Allowance Act, R.S.C. 1985, c. W-3, s. 15.

Authors Cited

Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris: Le Robert, 2001, "cause".
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 157 O.A.C. 278, 58 O.R. (3d)

substantiels puissent découler de la garantie d'application régulière de la loi, la *Déclaration canadienne des droits* n'offre aucune protection contre l'expropriation par l'adoption d'une mesure législative non ambiguë. Le législateur a le droit d'exproprier des biens, même sans indemnisation, à condition d'exprimer clairement son intention et, dans le par. 5.1(4), l'intention du législateur d'exproprier est claire et non ambiguë.

L'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne garantit le respect de la justice fondamentale que dans une instance devant un tribunal ou un organisme administratif qui définit les droits et obligations d'un individu. Il n'oblige pas le législateur à tenir une audience avant l'adoption d'une loi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Lapointe c. Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montréal*, [1906] A.C. 535; *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Florence Mining Co. c. Cobalt Lake Mining Co.* (1909), 18 O.L.R. 275; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. III], art. 1(a), 2(e), 5.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule.
Loi portant modification de la législation concernant les anciens combattants, L.C. 1990, ch. 43, art. 64(2).
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 21(2).
Loi sur le ministère des Anciens combattants, L.R.C. 1985, ch. V-1, art. 5d), 5.1(4) [aj. 1990, ch. 43, art. 2].
Loi sur les allocations aux anciens combattants, L.R.C. 1985, ch. W-3, art. 15.
Loi sur les pensions, L.R.C. 1985, ch. P-6, art. 41(1).

Doctrine citée

Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris : Le Robert, 2001, « cause ».
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 157 O.A.C. 278, 58 O.R. (3d)

417, 215 D.L.R. (4th) 496, 92 C.R.R. (2d) 224, 33 C.C.P.B. 1, [2002] O.J. No. 962 (QL), affirming a judgment of the Superior Court of Justice (2000), 53 O.R. (3d) 221, 84 C.R.R. (2d) 211, [2000] O.J. No. 3768 (QL). Appeal allowed.

Graham R. Garton, Q.C., John C. Spencer and Yvonne Milosevic, for the appellant.

Raymond G. Colautti, David G. Greenaway and Peter Sengbusch, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The deceased respondent, Authorson, a disabled veteran of World War II, was the representative of a large class of disabled veterans of Canada's military forces. He died in 2002, but the action continues to be prosecuted by his litigation administrator and guardian.

This litigation raises difficult questions. The government of Canada, through the appellant, the Attorney General of Canada, agrees that throughout the relevant time it acted as a fiduciary for each of the veterans, that the funds owed the veterans and administered by the government were rarely credited with interest, and that a full accounting was never made to the respondent.

It is not in dispute that the respondent is owed interest, and that this omission continued until legislation changing government practice was enacted in 1990. The appellant, while agreeing that the respondent is owed money, argues that Parliament has, by enacting legislation to that effect, made the debt unenforceable.

The respondent submits that the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (reproduced in R.S.C. 1985, App. III) (the "*Bill of Rights*"), ensures him due process in the expropriation of his property. The appellant's position is that the expropriative legislation was a valid exercise of its legislative power, and that no remedy exists.

417, 215 D.L.R. (4th) 496, 92 C.R.R. (2d) 224, 33 C.C.P.B. 1, [2002] O.J. No. 962 (QL), confirmant un jugement de la Cour supérieure de justice (2000), 53 O.R. (3d) 221, 84 C.R.R. (2d) 211, [2000] O.J. No. 3768 (QL). Pourvoi accueilli.

Graham R. Garton, c.r., John C. Spencer et Yvonne Milosevic, pour l'appelant.

Raymond G. Colautti, David G. Greenaway et Peter Sengbusch, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'intimé Authorson, un ancien combattant invalide de la Seconde Guerre mondiale maintenant décédé, agissait en qualité de représentant d'un groupe composé de nombreux anciens combattants invalides des Forces armées canadiennes. À la suite de son décès, survenu en 2002, son administrateur à l'instance et sa tutrice à l'instance ont poursuivi l'action.

Le litige soulève des questions épineuses. Le gouvernement du Canada, représenté par l'appelant le procureur général du Canada, convient que, pendant toute la période en cause, il a agi à titre de fiduciaire de chacun des anciens combattants, qu'il est rare que des intérêts aient été versés sur les fonds appartenant aux anciens combattants et gérés par le gouvernement et que l'intimé n'a jamais reçu de reddition de compte complète.

Il n'est pas contesté que l'intimé a droit à des intérêts et que l'omission de verser des intérêts n'a pris fin qu'avec l'entrée en vigueur de la loi qui a modifié la pratique gouvernementale en 1990. L'appelant reconnaît en effet que des sommes sont dues à l'intimé, mais il soutient que le Parlement a édicté des mesures législatives qui ont eu pour effet de rendre cette créance inexécutoire.

L'intimé fait valoir que la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. III) lui garantit que ses biens ne seront expropriés que par l'application régulière de la loi. L'appelant plaide pour sa part que la loi expropriatrice résulte de l'exercice valide de son pouvoir législatif et qu'aucun recours ne peut être exercé contre lui.

1

2

3

4

5 Do the due process protections of the *Bill of Rights* guard against the expropriation of property by passage of valid legislation? Although s. 1(a) of the *Bill of Rights* confers certain procedural protections — and may also confer certain substantive protections — I have concluded the answer is no.

6 The *Bill of Rights* allows the deprivation of the enjoyment of property only through due process of law. At issue in this appeal is the validity of a federal statute that purportedly extinguished the claims of disabled veterans to interest on their governmentally administered pensions.

7 The facts of this appeal are not at issue. Joseph Authorson and thousands of veterans received pension and other benefits from the Crown for decades. The Department of Veterans Affairs (the “DVA”) would often administer the funds on behalf of those who were deemed incapable of managing their money. However, these accounts were not credited with interest. The subject of this appeal is the Crown’s liability for that interest.

8 The Crown no longer denies that it had a fiduciary duty to the veterans to pay interest on those accounts. However, the Crown claims that it is not liable for its breach of trust because federal legislation, the *Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C. 1985, c. V-1, s. 5.1(4), bars claims for interest before 1990 on veterans’ accounts. Both parties agree that if this section is operative, the Crown has no liability for the accounting of and for payment of the interest.

9 The respondent’s hope of success depends on being able to obtain the protection of the *Bill of Rights*, which provides for due process against loss by expropriation of property. It is uncontested that the veterans’ claims for interest are property.

Les garanties établies par la *Déclaration canadienne des droits* quant à l’application régulière de la loi assurent-elles une protection contre l’expropriation résultant de l’édiction d’une loi valide? Bien que l’al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* confère certaines garanties procédurales — et puisse également conférer certaines garanties substantielles — j’ai conclu qu’il faut répondre non à cette question.

La *Déclaration canadienne des droits* ne permet qu’un individu soit privé de la jouissance de ses biens que par l’application régulière de la loi. Le présent pourvoi porte sur la validité d’une loi fédérale qui a censément éteint le droit des anciens combattants invalides de réclamer les intérêts sur leurs pensions qui ont été gérées par le gouvernement.

Les faits en cause dans le présent pourvoi ne sont pas contestés. Joseph Authorson et des milliers d’anciens combattants ont reçu une pension et d’autres allocations de la part de l’État pendant des dizaines d’années. Dans de nombreux cas, le ministre des Anciens Combattants (« ACC ») a géré ces fonds pour le compte de ceux qui étaient réputés incapables de les gérer eux-mêmes. Toutefois, aucun intérêt n’a été versé sur ces comptes. C’est la responsabilité de l’État à l’égard de ces intérêts qui fait l’objet du présent pourvoi.

L’État ne nie plus qu’il avait, envers les anciens combattants, une obligation de fiduciaire de verser des intérêts sur ces comptes. Toutefois, l’État prétend être dégagé de toute responsabilité à cet égard par une disposition d’une loi fédérale, soit le par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. V-1, qui rend irrecevables les demandes visant les intérêts afférents aux sommes gérées dans les comptes des anciens combattants pour une période antérieure au 1^{er} janvier 1990. Les deux parties ont convenu que, si ce paragraphe est valide, l’État n’est pas tenu de rendre compte ni d’effectuer le paiement de ces intérêts.

Les chances de succès de l’intimé dépendent de sa capacité de bénéficier de la garantie établie par la *Déclaration canadienne des droits*, selon laquelle un individu ne peut être privé de ses biens par voie d’expropriation que par l’application régulière de la loi.

By contrast, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not contain any similar provision.

The *Bill of Rights* is a federal statute that renders inoperative federal legislation inconsistent with its protections. It protects rights that existed when the *Bill of Rights* was enacted, in 1960. If Parliament wishes to circumvent the protections of the *Bill of Rights*, it must do so explicitly by stating that the legislation in question operates notwithstanding the *Bill of Rights*. In legislating the bar against claims for interest, Parliament did not explicitly enact this “notwithstanding” clause. As a result, the issue in this appeal is whether the due process rights respecting property that existed in 1960 and were entrenched by the *Bill of Rights* permit the Crown to deny its liability for the missing interest based on validly enacted legislation.

What protections for property are provided by due process?

Due process does not require that the veterans receive notice and a hearing before Parliament prior to the passage of expropriative legislation. As unfortunate as it is for the respondent, long-standing parliamentary tradition has never required that procedure.

Does due process in this case require an individual hearing before a tribunal? If the effect of legislation requires a hearing or adjudication then that must conform to Canadian jurisprudence demanding a fair hearing. But that is not what was legislated. Here, there is no dispute that if the law is operative, the veterans’ rights to damages for the lost interest are extinguished.

Les parties ne contestent pas que les intérêts demandés par les anciens combattants constituent des biens. Quant à elle, la *Charte canadienne des droits et libertés* n’offre aucune garantie de cette nature.

La *Déclaration canadienne des droits* est une loi fédérale qui rend inopérante toute loi fédérale incompatible avec les garanties qu’elle prévoit. Elle protège les droits qui existaient au moment de son entrée en vigueur en 1960. Si le législateur désire contourner les garanties prévues dans la *Déclaration canadienne des droits*, il doit le faire de manière explicite en déclarant que la loi en question s’applique malgré la *Déclaration canadienne des droits*. L’État n’a pas adopté pareille disposition dérogatoire d’une manière explicite lorsqu’il a édicté la disposition législative déclarant irrecevables les demandes visant les intérêts. Par conséquent, la question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si le droit à l’application régulière de la loi quant à la jouissance des biens, qui existait en 1960 et qui a été inscrit dans la *Déclaration canadienne des droits*, permet à l’État de nier toute responsabilité quant aux intérêts qui n’ont pas été versés en invoquant une loi valablement édictée.

Quelle protection la garantie d’application régulière de la loi comporte-t-elle en ce qui concerne les biens?

La garantie d’application régulière de la loi ne confère pas aux anciens combattants le droit à un préavis et à une audition par le Parlement avant l’adoption d’une loi expropriatrice. Aussi malheureux que cela puisse être pour l’intimé, notre longue tradition parlementaire n’a jamais exigé une telle procédure.

En l’espèce, l’application régulière de la loi commande-t-elle la tenue d’une audition individuelle devant un tribunal? Si la loi a pour effet d’exiger la tenue d’une audition ou le prononcé d’un jugement, ce processus doit être conforme à la jurisprudence canadienne qui exige la tenue d’une audience équitable. Ce n’est cependant pas ce que le législateur a prescrit. En l’espèce, il n’est pas contesté que, si la loi s’applique, le droit des anciens combattants à des dommages-intérêts pour les intérêts non versés est éteint.

10

11

12

13

14 Does the *Bill of Rights* require that Parliament give just compensation to the veterans? The governmental expropriation of property without compensation is discouraged by our common law tradition, but it is allowed when Parliament uses clear and unambiguous language to do so.

15 The *Department of Veterans Affairs Act*, s. 5.1(4) takes a property claim from a vulnerable group, in disregard of the Crown's fiduciary duty to disabled veterans. However, that taking is within the power of Parliament. The appeal has to be allowed.

I. Facts

A. *The Administration of Disabled Veterans' Pensions*

16 Since World War I, Canada has recognized an obligation to pay various pensions and financial benefits to its disabled veterans. This appeal concerns pensions provided under three statutes. Since 1915, the *Pension Act*, R.S.C. 1985, c. P-6, has provided pensions to veterans disabled through service. Since 1918, the *Department of Veterans Affairs Act*, has provided money for veterans receiving medical treatment. And since 1930, the *War Veterans Allowance Act*, R.S.C. 1985, c. W-3, has provided income supplements to indigent and/or elderly veterans.

17 Each of these statutes provides that if the veteran is incapable of managing the funds, an administrator may be designated: *Pension Act*, s. 41(1) (allowing the Minister to designate the DVA, a person, or an agency as administrator); *Department of Veterans Affairs Act*, s. 5(d) (empowering the Governor in Council to make regulations for the holding of funds payable to veterans undergoing medical care); *War Veterans Allowance Act*, s. 15(1) and (2)

La *Déclaration canadienne des droits* oblige-t-elle le législateur à accorder une juste indemnisation aux anciens combattants? Notre tradition de common law n'est pas favorable à l'expropriation sans indemnisation par le gouvernement, mais le législateur peut néanmoins la prévoir à condition que ce soit en des termes clairs et non ambigus.

Le paragraphe 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* a pour effet de déposséder les membres d'un groupe vulnérable de leur droit sur des biens, au mépris de l'obligation de fiduciaire de l'État envers les anciens combattants invalides. Toutefois, le législateur a effectivement le pouvoir de les déposséder ainsi. Le pourvoi doit être accueilli.

I. Les faits

A. *L'administration des pensions des anciens combattants invalides*

Depuis la Première Guerre mondiale, le gouvernement du Canada reconnaît qu'il lui incombe de verser des pensions et des allocations à ses anciens combattants invalides. Le présent pourvoi porte sur les pensions versées en vertu de trois lois. Depuis 1915, la *Loi sur les pensions*, L.R.C. 1985, ch. P-6, permet aux anciens combattants qui sont devenus invalides en servant leur pays de recevoir une pension. Depuis 1918, la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* accorde des sommes d'argent aux anciens combattants bénéficiaires de soins médicaux. Et depuis 1930, la *Loi sur les allocations aux anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. W-3, attribue des suppléments de revenu aux anciens combattants indigents ou invalides.

Chacune de ces lois prévoit qu'un administrateur peut être nommé si l'ancien combattant est incapable de gérer ses fonds : voir le par. 41(1) de la *Loi sur les pensions* (qui permet au ministre de nommer ACC, une personne ou un organisme comme administrateur); l'al. 5d) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* (qui autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements pour la conservation de fonds payables aux anciens combattants

(allowing the Minister to designate himself, a person, or an agency to administer the funds on behalf of the veteran). This appeal concerns those moneys of veterans administered by the DVA up until 1990.

When the DVA was named the administrator of a veteran's benefits, the department would do the following: the veteran's cheques were made out to an official in the department and deposited in the government's general account. For accounting purposes, the funds were tracked as if they were in a special purpose account held in the name of the veteran. The administrator made payments on behalf of the veteran. If the veteran became capable of handling his affairs, he would regain control over the fund. Occasionally, funds from private sources, such as inheritances, would be deposited into the special purpose account.

The funds in a disabled veteran's special purpose account would occasionally grow to substantial amounts. For example, a veteran hospitalized for extended periods might have few expenses to pay, but would continue to accumulate pension moneys. In the 1970s and 1980s, there were approximately 10,000 such special purpose accounts being administered by the DVA. Today, due to the passage of time and a shift towards private administrators, there are fewer than 1,000. Some of these accounts have contained varying sums as high as many thousands of dollars.

Until 1990, these funds were rarely credited with interest. Various governmental inquiries over the decades discussed this non-payment problem. In 1990, the DVA began paying interest on these accounts, which it had been authorized to do for decades, pursuant to the *Financial Administration Act*,

bénéficiaires de soins médicaux); les par. 15(1) et (2) de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants* (qui permettent au ministre d'administrer ou de nommer une personne ou un organisme pour administrer des fonds pour le compte d'anciens combattants). Le présent pourvoi porte sur les sommes d'argent appartenant aux anciens combattants qui ont été gérées par ACC jusqu'en 1990.

Voici comment procédait le ministère lorsque ACC était nommé administrateur des allocations d'un ancien combattant : les chèques de l'ancien combattant étaient libellés au nom d'un fonctionnaire du ministère et déposés dans le compte général du gouvernement. Sur le plan de la comptabilité, le suivi de ces fonds se faisait comme s'ils étaient détenus dans un compte affecté à une fin particulière au nom de l'ancien combattant. L'administrateur effectuait des paiements au nom de l'ancien combattant. Si l'ancien combattant devenait capable d'administrer ses affaires, il reprenait le contrôle des fonds. Parfois, des fonds provenant de sources privées, comme des héritages, étaient déposés dans le compte affecté à une fin particulière.

Les fonds détenus dans le compte affecté à une fin particulière d'un ancien combattant s'accroissaient parfois considérablement. Par exemple, il pouvait arriver que les dépenses d'un ancien combattant hospitalisé pendant de longues périodes soient très peu élevées, mais que ses prestations de pension continuent de s'accumuler. Dans les années 70 et 80, environ 10 000 comptes affectés à une fin particulière étaient ainsi gérés par ACC. Aujourd'hui, en raison de l'écoulement du temps et de la tendance à nommer plutôt des administrateurs privés, il en existe moins de 1 000. Certains de ces comptes contenaient des sommes variables pouvant atteindre des milliers et des milliers de dollars.

Jusqu'en 1990, il était rare que des intérêts soient versés sur ces fonds. Diverses enquêtes gouvernementales échelonnées sur plusieurs décennies ont abordé le problème du non-paiement d'intérêts. En 1990, ACC a commencé à verser des intérêts sur ces comptes, comme il était autorisé à le faire

18

19

20

R.S.C. 1985, c. F-11, s. 21(2). However, Parliament chose to try and limit the Crown's liability for past interest by enacting s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act*:

5.1 . . .

(4) No claim shall be made after this subsection comes into force for or on account of interest on moneys held or administered by the Minister during any period prior to January 1, 1990 pursuant to subsection 41(1) of the *Pension Act*, subsection 15(2) of the *War Veterans Allowance Act* or any regulations made under section 5 of this Act.

B. *Joseph Authorson*

21 Joseph Authorson, the deceased respondent, was born in Ontario in 1914, and enlisted in the Canadian Armed Forces in 1939. He was disabled from combat-related mental illness, and was discharged from military service in 1943. He spent time in various mental hospitals, and was surgically treated with a pre-frontal lobotomy. He never married or had children.

22 He received pension and treatment moneys for 40 years. These were administered by the DVA. He became competent to manage his funds in 1991, and received \$117,916 in pension and treatment allowance funds, and \$166,248 in personal funds. While the DVA had administered the funds, they had not been invested, nor had they accrued interest.

23 Authorson was named the representative plaintiff of a class of disabled veterans certified in 1999. The class sued the federal Crown in the Ontario Superior Court of Justice, alleging breach of fiduciary duty. It sought declaratory relief, an accounting, compensation for the interest lost on the funds and costs. There was evidence to suggest that the amount of compensatory interest claimed could be as high as \$1 billion.

depuis des décennies par le par. 21(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11. Toutefois, le législateur a décidé d'essayer de limiter la responsabilité de l'État quant aux intérêts qui n'avaient pas été versés auparavant en édictant le par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, que voici :

5.1 . . .

(4) Les demandes visant les intérêts afférents aux sommes détenues ou gérées par le ministre pendant une période antérieure au 1^{er} janvier 1990 au titre du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*, du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants* ou des règlements d'application de l'article 5 de la présente loi sont irrecevables après l'entrée en vigueur du présent paragraphe.

B. *Joseph Authorson*

Joseph Authorson, l'intimé décédé, est né en Ontario en 1914 et s'est enrôlé dans les Forces armées canadiennes en 1939. Il est devenu invalide à la suite d'une maladie mentale, séquelle de la guerre, et a été démobilisé en 1943. Il a été hospitalisé dans divers hôpitaux psychiatriques et il a subi une lobotomie préfrontale. Il ne s'est jamais marié et n'a pas eu d'enfant.

Il a reçu des prestations de pension et des allocations pour soins médicaux pendant 40 ans. Ces montants ont été gérés par ACC. L'intimé est devenu capable d'administrer ses fonds en 1991 et il a reçu un montant de 117 916 \$ au titre de ses prestations de pension et de ses allocations de traitement et un montant de 166 248 \$ constitué de fonds personnels. Ces fonds, gérés par ACC, n'ont pas été placés et n'ont produit aucun intérêt.

L'intimé a été nommé représentant d'un groupe de demandeurs composé d'anciens combattants invalides certifié en 1999. Le groupe a poursuivi l'État fédéral en Cour supérieure de justice de l'Ontario pour manquement à son obligation de fiduciaire. Il a demandé un jugement déclaratoire, une reddition de compte, des dommages-intérêts pour les intérêts non versés et les dépens. Des éléments de preuve donnaient à penser que le montant des intérêts compensatoires demandés pourrait s'élever à un milliard de dollars.

In 2002, Authorson died. A litigation administrator and a litigation guardian were appointed to represent the interests of his estate.

II. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2000), 53 O.R. (3d) 221

Brockenshire J., the trial judge, divided the litigation into two separate proceedings. One action was for interest on funds administered by the DVA. The other was for principal unpaid when veterans died while their funds were still being administered by the DVA. Each action had both a liability and a damages phase. This appeal is limited to the first action assessing the liability of the Crown for interest on the funds.

Brockenshire J. determined that although the funds had been placed in the Crown's general account, they remained the property of the disabled veterans. He held that the Crown owed a fiduciary duty to the disabled veterans, and so was obliged to either invest the funds on their behalf, or pay interest. On appeal, the Crown did not dispute these findings.

The Crown submitted that in spite of those facts, *Department of Veterans Affairs Act*, s. 5.1(4) bars any claim for interest before 1990. Brockenshire J. decided that this provision was inoperative under the *Bill of Rights*, stating that s. 1(a) guaranteed that any deprivation of the enjoyment of property must occur through due process of law, and that s. 2(e) guaranteed a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice.

B. *Ontario Court of Appeal* (2002), 58 O.R. (3d) 417

The Court of Appeal upheld Brockenshire J. and agreed that the Crown had breached a fiduciary duty

M. Authorson est décédé en 2002. Un administrateur à l'instance et une tutrice à l'instance ont été nommés pour défendre les intérêts de sa succession.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2000), 53 O.R. (3d) 221

En première instance, le juge Brockenshire a divisé l'instance en deux procédures distinctes : la première visait les intérêts sur les fonds gérés par ACC; la deuxième visait le capital impayé au décès d'anciens combattants, alors que leurs fonds étaient encore gérés par ACC. Chaque action comportait deux aspects, soit celui de la responsabilité et celui des dommages-intérêts. Le présent pourvoi ne vise que la première procédure et se limite à la question de la responsabilité de l'État quant aux intérêts sur les fonds.

Le juge Brockenshire a conclu que bien que les fonds aient été placés dans le compte général du gouvernement, ils appartenaient toujours aux anciens combattants invalides. Il a statué que l'État avait une obligation de fiduciaire envers les anciens combattants invalides et qu'il était donc tenu soit de placer ces fonds pour leur compte, soit de leur verser des intérêts. En appel, l'État n'a pas contesté ces conclusions.

L'État a prétendu qu'en dépit de ces faits, le par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* rend irrecevables les demandes visant les intérêts pour une période antérieure à 1990. Le juge Brockenshire a décidé que cette disposition était inopérante par application de la *Déclaration canadienne des droits*, parce que, selon la garantie établie à l'al. 1a), un individu ne peut être privé de la jouissance d'un bien que par l'application régulière de la loi et parce que l'al. 2e) garantit le droit à une audition impartiale selon les principes de justice fondamentale.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2002), 58 O.R. (3d) 417

La Cour d'appel a confirmé la décision du juge Brockenshire et a convenu que l'État avait manqué à

24

25

26

27

28

owed to the disabled veterans by not paying interest on the funds.

29

The Court of Appeal considered the due process protection of property rights in s. 1(a) of the *Bill of Rights*, but declined to hold whether the provision conferred substantive protections in addition to procedural protections. It concluded that passage of the expropriative legislation violated the respondent's due process rights because he had been denied notice and an opportunity to contest the legislation. The Court of Appeal also found this a violation of s. 2(e), which provided fair hearing rights.

III. Statutory Provisions at Issue

30

Department of Veterans Affairs Act, R.S.C. 1985, c. V-1, as amended by S.C. 1990, c. 43, s. 2:

5.1 . . .

(4) No claim shall be made after this subsection comes into force for or on account of interest on moneys held or administered by the Minister during any period prior to January 1, 1990 pursuant to subsection 41(1) of the *Pension Act*, subsection 15(2) of the *War Veterans Allowance Act* or any regulations made under section 5 of this Act.

An Act to amend the statute law in relation to war veterans, S.C. 1990, c. 43:

64. . . .

(2) Subsection 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act*, as enacted by section 2 of this Act, shall be deemed to have come into force on October 12, 1990.

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 (reproduced in R.S.C. 1985, App. III):

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

son obligation de fiduciaire envers les anciens combattants invalides en ne versant pas d'intérêts sur les fonds.

La Cour d'appel a examiné la protection offerte aux droits de propriété par la garantie d'application régulière de la loi édictée à l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, mais elle a refusé de décider si cette disposition conférait des garanties substantielles en plus des garanties procédurales. Elle a conclu que l'adoption de la loi expropriatrice contrevenait aux droits à l'application régulière de la loi garantis à l'intimé, parce qu'il n'avait bénéficié ni d'un préavis ni de la possibilité de contester la loi. La Cour d'appel a également conclu qu'il y avait eu atteinte au droit à une audition impartiale protégé par l'al. 2e).

III. Les dispositions législatives en cause

Loi sur le ministère des Anciens combattants, L.R.C. 1985, ch. V-1, modifiée par L.C. 1990, ch. 43, art. 2 :

5.1 . . .

(4) Les demandes visant les intérêts afférents aux sommes détenues ou gérées par le ministre pendant une période antérieure au 1^{er} janvier 1990 au titre du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*, du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants* ou des règlements d'application de l'article 5 de la présente loi sont irrecevables après l'entrée en vigueur du présent paragraphe.

Loi portant modification de la législation concernant les anciens combattants, L.C. 1990, ch. 43 :

64. . . .

(2) Le paragraphe 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, édicté par l'article 2 de la présente loi, est réputé entré en vigueur le 12 octobre 1990.

Déclaration canadienne des droits, L.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. III) :

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

(a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *Background on the Bill of Rights*

A. *L'historique de la Déclaration canadienne des droits*

It is useful to consider the limited jurisprudential history of the *Bill of Rights*. The *Bill of Rights* is a federal statute, applicable only to federal law. Although the *Bill of Rights* remains in force, it has received little judicial notice since its passage in 1960. This is so in spite of the fact that it has been referred to as quasi-constitutional.

Il est utile d'examiner la jurisprudence limitée portant sur la *Déclaration canadienne des droits*. La *Déclaration canadienne des droits* est une loi fédérale qui ne s'applique qu'aux lois fédérales. Elle est toujours en vigueur, mais elle n'a pas été beaucoup examinée par les tribunaux depuis son adoption en 1960, même si elle a été qualifiée de loi quasi constitutionnelle.

31

Where federal legislation conflicts with the protections of the *Bill of Rights*, unless the conflicting legislation expressly declares that it operates notwithstanding the *Bill of Rights* as required by s. 2, the *Bill of Rights* applies and the legislation is inoperative; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282 (the s. 1(b) equality guarantee of the *Bill of Rights* rendered inoperative a provision of the *Indian Act* which made it an offence for a status Indian to be intoxicated off a reserve).

En cas de conflit entre une loi fédérale et les garanties établies dans la *Déclaration canadienne des droits*, celle-ci s'applique et rend la loi incompatible inopérante, à moins que cette loi ne déclare expressément qu'elle s'applique nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, comme l'exige l'art. 2. Voir l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282 (une disposition de la *Loi sur les Indiens* selon laquelle un Indien inscrit qui était ivre hors d'une réserve commettait de ce fait une infraction a été jugée inopérante par application de l'al. 1b) qui garantit l'égalité devant la loi).

32

- 33 Section 1 of the *Bill of Rights* declares and recognizes various rights, including the due process right to the enjoyment of property that is at issue here. The *Bill of Rights* protects only rights that existed in 1960, prior to passage of the *Bill of Rights*. See, e.g., *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, at pp. 703-4 (no absolute right to life existed prior to the *Bill of Rights*, so a death penalty statute was not inoperative); *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693, at p. 705 (a right to uniform sentencing across different regions of Canada did not exist prior to 1960, and was therefore not protected by the *Bill of Rights*).
- L'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits* déclare et reconnaît divers droits, dont le droit en cause en l'espèce, c'est-à-dire le droit de n'être privé de la jouissance de ses biens que par l'application régulière de la loi. La *Déclaration canadienne des droits* ne protège que les droits qui existaient en 1960, avant son adoption. Voir, par exemple, *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, p. 703-704 (comme il n'existait pas de droit absolu à la vie avant la *Déclaration canadienne des droits*, une loi prévoyant l'imposition de la peine de mort n'a pas été jugée inopérante); *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693, p. 705 (le droit à l'uniformité des peines imposées dans les différentes régions du Canada n'existait pas avant 1960 et n'était par conséquent pas protégé par la *Déclaration canadienne des droits*).
- 34 With the constitutional amendment and the adoption of the *Charter* in 1982, many of the protections of the *Bill of Rights* gained constitutional status. The *Bill of Rights*, however, provides two protections not expressly available in the *Charter*. Section 1(a) protects the enjoyment of property, the deprivation of which must occur through the due process of law. Section 2(e) guarantees a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of rights and obligations. These two provisions are the essence of this appeal.
- De nombreuses garanties établies dans la *Déclaration canadienne des droits* ont accédé au rang de garanties constitutionnelles lorsque la Constitution a été modifiée et que la *Charte* est entrée en vigueur en 1982. Toutefois, la *Déclaration canadienne des droits* prévoit deux garanties que la *Charte* n'accorde pas expressément. L'alinéa 1a) garantit à tout individu la jouissance de ses biens, dont il ne peut être privé que par l'application régulière de la loi. L'alinéa 2e) garantit à chacun une audition impartiale, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations. Ces deux dispositions sont au cœur du présent pourvoi.
- B. *Section 1(a) of the Canadian Bill of Rights*
- B. *L'alinéa 1a) de la Déclaration canadienne des droits*
- 35 Section 1(a) of the *Bill of Rights* recognizes "... the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law".
- L'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* reconnaît «... le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi».
- 36 The respondent submitted that s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act* took away his right to interest on his funds without due process of law. The question is what process is guaranteed
- L'intimé a prétendu que le par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* l'a dépossédé, sans application régulière de la loi, de son droit aux intérêts sur ses fonds. La question est de savoir

by the *Bill of Rights* when property rights are extinguished? The respondent's argument encompasses three types of due process:

(i) procedural rights before parliamentary enactment of a law;

(ii) procedural rights before the application of a statute to his individual circumstances; and

(iii) substantive protections against governmental expropriation of his property.

None of the claims help the respondent.

(1) Procedural Rights in Legislative Enactment

The respondent claimed a right to notice and hearing to contest the passage of s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act*. However, in 1960, and today, no such right exists. Long-standing parliamentary tradition makes it clear that the only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent. Once that process is completed, legislation within Parliament's competence is unassailable.

In *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 785, it was stated that:

How Houses of Parliament proceed, how a provincial legislative assembly proceeds is in either case a matter of self-definition, subject to any overriding constitutional or self-imposed statutory or indoor prescription. It is unnecessary here to embark on any historical review of the "court" aspect of Parliament and the immunity of its procedures from judicial review. Courts come into the picture when legislation is enacted and not before (unless references are made to them for their opinion on a bill or a proposed enactment). It would be incompatible with the self-regulating — "inherent" is as apt a word — authority of Houses of Parliament to deny their capacity to pass any kind of resolution. Reference may appropriately be

ce qu'il faut entendre par l'application régulière de la loi, garantie par la *Déclaration canadienne des droits*, dans le contexte de l'extinction de droits de propriété. L'intimé invoque trois types de garanties d'application régulière de la loi :

i) des droits procéduraux préalables à l'adoption d'une loi par le législateur;

ii) des droits procéduraux préalables à l'application d'une loi à sa situation personnelle;

iii) des garanties substantielles contre l'expropriation de ses biens par l'État.

Aucune de ces prétentions ne vient en aide à l'intimé.

(1) Droits procéduraux liés au processus législatif

L'intimé a soutenu avoir droit à un préavis et à une audition lui permettant de contester l'adoption du par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*. Toutefois, un tel droit n'existait pas en 1960 et n'existe toujours pas aujourd'hui. Selon notre longue tradition parlementaire, il est clair que tout ce qu'un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c'est qu'un projet de loi fasse l'objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu'il reçoive la sanction royale. Une fois ce processus mené à terme, les mesures législatives prises par le Parlement dans les limites de sa compétence sont inattaquables.

Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 785, la Cour dit :

La façon dont les chambres du Parlement procèdent, celle dont une assemblée législative provinciale procède est dans chaque cas une question d'auto-définition, sous réserve de prescriptions constitutionnelles prépondérantes, ou de prescriptions auto-imposées par la loi ou internes. Il est inutile en l'espèce de se lancer dans un examen historique de l'aspect « judiciaire » du Parlement et de l'immunité de ses procédures au contrôle judiciaire. Les tribunaux interviennent quand une loi est adoptée et non avant (à moins qu'on ne leur demande leur avis sur un projet de loi par renvoi). Il serait incompatible avec le pouvoir d'auto-régulation (« inhérent » est un mot aussi approprié) des chambres

made to art. 9 of the *Bill of Rights* of 1689, undoubtedly in force as part of the law of Canada, which provides that "Proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parliament".

39 As well, see *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 59:

... legislative decision making is not subject to any known duty of fairness. Legislatures are subject to constitutional requirements for valid law-making, but within their constitutional boundaries, they can do as they see fit. The wisdom and value of legislative decisions are subject only to review by the electorate. The judgment in *Reference re Canada Assistance Plan* . . . was conclusive on this point in stating that: "the rules governing procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions".

40 The submission that a court can compel Parliament to change its legislative procedures based on the *Bill of Rights* must fail. The *Bill of Rights* purports to guide the proper interpretation of every "law of Canada", which s. 5 of the *Bill of Rights* defines to mean "an Act of the Parliament of Canada enacted before or after the coming into force of this Act" (emphasis added). Court interference with the legislative process is not an interpretation of an already enacted law.

41 Due process protections cannot interfere with the right of the legislative branch to determine its own procedure. For the *Bill of Rights* to confer such a power would effectively amend the Canadian constitution, which, in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, enshrines a constitution similar in principle to that of the United Kingdom. In the United Kingdom, no such pre-legislative procedural rights have existed. From that, it follows that the *Bill of Rights* does not authorize such power.

du Parlement de nier leur capacité d'adopter des résolutions. On peut à bon droit se référer à l'art. 9 du *Bill of Rights* de 1689, qui fait indubitablement partie du droit du Canada et qui prévoit que [TRADUCTION] « les procédures du Parlement ne devront pas être attaquées ou mises en question [devant] un tribunal [ni] ailleurs hors du Parlement ».

Voir également l'arrêt *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59 :

... la prise d'une décision législative ne fait l'objet d'aucun devoir d'équité connu. Les législatures sont assujetties à des exigences constitutionnelles pour que l'exercice de leur pouvoir de légiférer soit valide, mais à l'intérieur des limites que leur impose la constitution, elles peuvent faire ce que bon leur semble. Seuls les électeurs peuvent débattre de la sagesse et de la valeur des décisions législatives. Le jugement dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [. . .] était concluant sur ce point : « les règles de l'équité procédurale ne s'appliquent pas à un organe qui exerce des fonctions purement législatives ».

La prétention selon laquelle la *Déclaration canadienne des droits* permet à une cour de justice de contraindre le législateur à modifier son processus législatif doit être rejetée. La *Déclaration canadienne des droits* a pour objet de guider l'interprétation de toute « loi du Canada », que l'art. 5 de la *Déclaration canadienne des droits* définit comme « une loi du Parlement du Canada, édictée avant ou après la mise en vigueur de la présente loi » (je souligne). L'intervention d'un tribunal dans le processus législatif ne peut être assimilée à l'interprétation d'une loi déjà édictée.

Le droit à l'application régulière de la loi ne peut entraver le droit de l'organe législatif d'établir sa propre procédure. Si la *Déclaration canadienne des droits* conférait un tel pouvoir, elle modifierait la Constitution canadienne qui, dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, établit une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. Or, jamais de pareils droits pré-législatifs d'ordre procédural n'ont existé au Royaume-Uni. Il s'ensuit que la *Déclaration canadienne des droits* ne confère pas un tel pouvoir.

(2) Procedural Rights in Application of the Law

What procedural protections for property rights are guaranteed by due process? In my opinion, the *Bill of Rights* guarantees notice and some opportunity to contest a governmental deprivation of property rights only in the context of an adjudication of that person's rights and obligations before a court or tribunal.

In *Miller, supra*, at p. 704, Ritchie J. held that s. 1(a) of the *Bill of Rights* conferred procedural protections existing at its enactment in 1960, namely protection against the deprivation of life without a fair trial and conviction by a "properly instructed jury".

Similarly, s. 1(a) may be seen as conferring procedural protections against the deprivation of property that existed in 1960. Certain procedural rights in this regard have long been recognized. In *Lapointe v. Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montréal*, [1906] A.C. 535, the Privy Council recognized a right to have notice of accusations made and an opportunity to make a defence where the board of directors of a pension board stripped a police officer, who had resigned, of his pension. Where the law requires the application of discretion or judgment to specific factual situations, notice and an opportunity to contest may be required. For example, such rights may exist where the government eliminates a veteran's benefits because it believes he is no longer disabled, or because it believes he was never a member of the armed forces. However, notice and an opportunity to make a defence are not required where the government legislates to completely eliminate such benefits.

(2) Droits procéduraux liés à l'application de la loi

Quelles protections procédurales la garantie d'application régulière de la loi comporte-t-elle en ce qui concerne les droits de propriété? Selon moi, la *Déclaration canadienne des droits* ne garantit à une personne le droit à un préavis et à une possibilité quelconque de contester une mesure gouvernementale qui la dépossède de ses droits de propriété que dans le contexte juridictionnel d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire déterminant ses droits et ses obligations.

Dans l'arrêt *Miller*, précité, p. 704, le juge Ritchie a conclu que l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* conférerait les garanties procédurales qui existaient déjà au moment de son adoption, en 1960, notamment contre la privation du droit à la vie sans un procès équitable et sans une déclaration de culpabilité prononcée par un « jury ayant reçu des directives appropriées ».

De la même façon, on peut considérer que l'al. 1a) confère les garanties procédurales contre la dépossession de biens qui existaient en 1960. Certains droits procéduraux à cet égard sont reconnus depuis longtemps. Dans *Lapointe c. Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montréal*, [1906] A.C. 535, le Conseil privé a reconnu un droit d'être avisé des accusations portées et d'avoir la possibilité de présenter une défense dans un cas où les administrateurs d'un fonds de pension ont dépossédé de sa pension un policier qui avait démissionné. Lorsque la loi requiert l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou du jugement du décideur pour son application à une situation factuelle donnée, il se peut qu'un préavis et la possibilité de contester doivent être donnés. De tels droits peuvent exister, par exemple, lorsque le gouvernement élimine les prestations d'un ancien combattant parce qu'il estime qu'il n'est plus invalide ou qu'il n'a jamais été membre des forces armées. Il n'est toutefois pas nécessaire de donner un préavis et la possibilité de présenter une défense lorsque le gouvernement élimine complètement ce type de prestations par voie législative.

42

43

44

45 The respondent submitted that the clear, uncontested interpretation of s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act* is that it is an expropriation of disabled veterans' interest on DVA-administered pensions, and as such is inoperative. But no adjudicative procedure is necessary for the non-discretionary application of a law to incontestable facts. A taxpayer could not claim procedural protections against a change in income tax rates that adversely affected him.

46 Section 1(a) of the *Bill of Rights* does guarantee a degree of procedural due process in the application of the law in an individualized, adjudicative setting. But no such application took place here, and no further procedure was due.

(3) Substantive Due Process Rights

47 The respondent claimed a right — based on a broad conception of the rule of law — against the expropriation of property (or against expropriation without just compensation). Does the due process guarantee of the *Bill of Rights* confer substantive protections in this regard?

(a) *Substantive Due Process*

48 Canadian courts have been wary of recognizing such protections, in part perhaps because of the American experience with the substantive due process enforcement of property and contract rights. Professor Hogg has summarized the constitutional crisis that resulted from what many at the time and since felt to be extreme judicial policy making. The occasion of this historical episode was *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) (striking down state legislation setting maximum work hours in New York bakeries on due process grounds). See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), at p. 1070:

L'intimé a prétendu que, selon son interprétation claire et non contestée, le par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* exproprie en fait les intérêts des anciens combattants sur les pensions gérées par ACC et qu'il est, de ce fait, inopérant. Or, aucune procédure juridictionnelle n'est nécessaire pour l'application non discrétionnaire d'une loi à des faits incontestables. Un contribuable ne peut invoquer aucune garantie procédurale contre une modification des taux d'imposition qui le désavantage.

L'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* accorde bel et bien une garantie procédurale quant à l'application régulière de la loi dans le contexte d'un processus juridictionnel touchant un individu en particulier. Mais la présente affaire ne porte pas sur l'application de la loi dans un tel contexte et aucune autre procédure n'était nécessaire.

(3) Les droits substantiels inclus dans la garantie d'application régulière de la loi

L'intimé a revendiqué un droit — fondé sur une interprétation large de la primauté du droit — contre l'expropriation de biens (ou contre l'expropriation sans juste indemnisation). La garantie d'application régulière de la loi établie dans la *Déclaration canadienne des droits* confère-t-elle des garanties substantielles à cet égard?

(a) *Les protections substantielles incluses dans la garantie d'application régulière de la loi*

Les tribunaux canadiens hésitent à reconnaître de telles protections, peut-être en partie en raison de ce qui s'est passé aux États-Unis en ce qui concerne les droits substantiels inclus dans la garantie d'application régulière de la loi dans le contexte des droits contractuels et des droits de propriété. Le professeur Hogg a résumé la crise constitutionnelle provoquée par ce que de nombreuses personnes à l'époque et depuis ont perçu comme une absence de modération dans l'élaboration de politiques par le pouvoir judiciaire. C'est l'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), qui a déclenché cet épisode historique (il a invalidé la loi de l'État de New York qui fixait un nombre maximum d'heures de travail dans les boulangeries, pour des motifs fondés sur l'application régulière de la loi). Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), p. 1070 :

Between 1905, when *Lochner v. New York* was decided, and 1937, when the case was overruled, the Supreme Court of the United States protected the liberties of the owners of factories and mines against the efforts of Congress and the state Legislatures to limit hours of work, to require the payment of minimum wages, to impose health and safety standards and to protect union activity. As Oliver Wendell Holmes pointed out in his brilliant dissenting opinions, the Court used the Constitution to enforce a laissez-faire economic theory that had been rejected by the elected legislators. The Court had taken sides in a political conflict that was suitable for resolution only by elected legislators. In 1937, after an exasperated President Roosevelt had proposed his court-packing plan, the Court changed its mind and reversed these decisions. Since then, the Court has been extremely reluctant to review social and economic regulation, despite its inevitable interferences with the property and contract rights that the Constitution of the United States expressly guarantees.

The experience surrounding the *Lochner* case might have cast a shadow over the recognition of substantive due process rights in Canadian jurisprudence. *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, asked whether the *Bill of Rights* s. 1(a) guarantee against deprivation of security of the person except through due process of law protected against a compulsory breath test. In holding that it did not, Laskin J., at p. 902, suggested “extreme caution” in importing substance into the due process guarantees of the *Bill of Rights*:

The very large words of s. 1(a), tempered by a phrase (“except by due process of law”) whose original English meaning has been overlaid by American constitutional imperatives, signal extreme caution to me when asked to apply them in negation of substantive legislation validly enacted by a Parliament in which the major role is played by elected representatives of the people.

[TRADUCTION] Entre 1905, lorsque l’arrêt *Lochner c. New York* fut rendu, et 1937, lorsqu’il fut écarté, la Cour suprême des États-Unis a protégé les libertés des propriétaires de manufactures et de mines contre les efforts déployés par le Congrès et les législatures des États pour limiter le nombre d’heures de travail, exiger le paiement d’un salaire minimum, imposer des normes de santé et de sécurité et protéger les activités syndicales. Comme l’a fait remarquer avec brio Oliver Wendell Holmes dans ses opinions dissidentes, la Cour s’est servie de la Constitution pour appliquer une théorie de laissez-faire économique qu’avaient rejetée les législateurs élus. La Cour avait pris position dans un conflit politique que seuls les législateurs élus pouvaient résoudre. En 1937, après qu’un président Roosevelt exaspéré eut proposé son plan de nomination de nombreux nouveaux juges (« *court-packing plan* »), la Cour a changé d’opinion et a rejeté ces décisions. Depuis, la Cour est très réticente à intervenir dans la réglementation en matière sociale et économique, malgré ses effets inévitables sur les droits de propriété et les droits contractuels que la Constitution des États-Unis garantit expressément.

Il est possible que les événements survenus dans la foulée de l’arrêt *Lochner* aient eu des répercussions négatives sur la reconnaissance par la jurisprudence canadienne de droits substantiels dans la garantie d’application régulière de la loi. Dans l’arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, la Cour s’est demandé si l’al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui prévoit le droit de l’individu à la sécurité et son droit de ne s’en voir privé que par l’application régulière de la loi, protégeait contre l’obligation de se soumettre à un alcootest. En concluant par la négative, le juge Laskin a indiqué, à la p. 902, qu’il faut faire preuve d’une « extrême prudence » lorsque l’on importe des éléments substantiels dans les garanties d’application régulière de la loi prévues dans la *Déclaration canadienne des droits* :

C’est avec une extrême prudence que j’aborde les termes très généraux de l’alinéa (a) de l’art. 1, même s’ils sont tempérés par l’expression « ne s’en voir privé que par l’application régulière de la loi », dont le sens premier anglais a été éclipsé par les exigences constitutionnelles américaines, lorsqu’on me demande de les appliquer pour annuler des dispositions législatives de fond validement adoptées par un Parlement dans lequel des représentants élus par le peuple jouent un rôle primordial.

Laskin J. stated that to read substantive protections into these due process rights would require “compelling reasons” relating to “objective and manageable standards by which a Court should be guided . . .” (pp. 899-900).

Le juge Laskin a déclaré qu’il faudrait avancer des « raisons convaincantes » se rapportant à des « normes objectives et faciles à appliquer, qui doivent guider les tribunaux . . . » pour affirmer que ces droits à l’application régulière de la loi renferment des garanties quant au fond (p. 899-900).

50 In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he was then) considered s. 7 of the *Charter*’s guarantee that liberty be deprived only “in accordance with the principles of fundamental justice”. Although there had been evidence that “fundamental justice” was to have given only procedural protections, Lamer J. held that fundamental justice could also contain the substantive right not to be imprisoned for an absolute liability offence. Although this Court has not yet recognized substantive rights stemming from due process, *Re B.C. Motor Vehicle Act* indicates its willingness to recognize that, in the proper circumstances, guarantees of process or justice may confer substantive protections.

Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a examiné la garantie offerte par l’art. 7 de la *Charte*, selon laquelle il ne peut être porté atteinte au droit à la liberté « qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Malgré une preuve tendant à indiquer que les principes de « justice fondamentale » n’apportaient que des garanties procédurales, le juge Lamer a conclu que la justice fondamentale pouvait également comporter le droit substantiel de ne pas être emprisonné pour une infraction de responsabilité absolue. Bien que la Cour n’ait pas encore reconnu de droits substantiels découlant de la garantie d’application régulière de la loi, le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.* indique qu’elle est disposée à reconnaître que, dans des circonstances appropriées, les garanties d’application régulière de la loi ou la justice peuvent offrir une protection quant au fond.

(b) *Substantive Due Process Rights in Property*

(b) *Les droits substantiels inclus dans la garantie d’application régulière de la loi dans le contexte des droits de propriété*

51 The *Bill of Rights* does not protect against the expropriation of property by the passage of unambiguous legislation. It is unnecessary to decide now exactly what other substantive protections, if any, might be conferred by the *Bill of Rights*’ s. 1(a)’s property guarantees.

La *Déclaration canadienne des droits* n’offre aucune protection contre l’expropriation par l’adoption d’une mesure législative non ambiguë. Il n’est pas nécessaire de décider maintenant quelles sont exactement les autres protections substantielles offertes, le cas échéant, par les garanties touchant les biens établies à l’al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*.

52 The *Bill of Rights* protects only rights that existed at the time of its passage, in 1960. At that time it was undisputed, as it continues to be today, that Parliament had the right to expropriate property if it made its intention clear.

La *Déclaration canadienne des droits* ne protège que les droits qui existaient au moment de son adoption en 1960. À cette époque, tous s’entendaient pour dire, comme aujourd’hui, que le législateur avait le droit d’exproprier des biens à condition d’exprimer clairement son intention.

53 This right has long been recognized. At the turn of the century, Riddell J. of the Ontario High

Ce droit est reconnu depuis longtemps. Au tournant du siècle, le juge Riddell de la Haute Cour de

Court recognized the Crown's right to take property without compensation. The dispute involved a mining company that had failed to properly stake a claim. The claim had subsequently been sold by the Crown. Riddell J. wrote:

In short, the Legislature within its jurisdiction can do everything that is not naturally impossible, and is restrained by no rule human or divine. If it be that the plaintiffs acquired any rights, which I am far from finding, the Legislature had the power to take them away. The prohibition, "Thou shalt not steal," has no legal force upon the sovereign body. And there would be no necessity for compensation to be given. [Emphasis added.]

(See *Florence Mining Co. v. Cobalt Lake Mining Co.* (1909), 18 O.L.R. 275, at p. 279.)

In *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, the Court ordered compensation for the loss of goodwill to a fishing company caused by the passage of the federal *Freshwater Fish Marketing Act*, R.S.C. 1970, c. F-13, which created a Crown corporation that would have exclusive extraprovincial marketing rights for all Canadian fish. Although the Court ordered compensation in that case, Ritchie J. made clear that Parliament could effect a taking without just compensation if it did so specifically (at p. 118 (citing *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (H.L.), at p. 542)).

And more recently, in *Wells, supra*, at para. 41, the Court held that a senior provincial civil servant whose position was statutorily eliminated still had a contract law remedy against the province. However, the Court reiterated the law on expropriation in Canada. Such expropriations are within the power of legislatures where that intent is clearly and unambiguously stated:

While the legislature may have the extraordinary power of passing a law to specifically deny compensation to

justice de l'Ontario a reconnu le droit de l'État de s'approprier des biens sans indemnisation. Le litige mettait en cause une société minière qui avait mal jalonné un claim. Le claim avait été ultérieurement vendu par l'État. Le juge Riddell a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] « En bref, la législature peut faire tout ce qui n'est pas naturellement impossible, dans les limites de sa compétence, et elle n'est limitée par aucune règle, humaine ou divine. Si les demandeurs avaient acquis quelque droit que ce soit, ce que je suis loin de conclure, la législature avait le pouvoir de les leur retirer. L'interdiction « Tu ne voleras point », n'a aucun effet juridique sur l'organisme souverain. Et il ne serait pas nécessaire d'accorder une indemnisation. [Je souligne.]

(Voir l'arrêt *Florence Mining Co. c. Cobalt Lake Mining Co.* (1909), 18 O.L.R. 275, p. 279.)

Dans l'arrêt *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101, la Cour a ordonné qu'une entreprise d'exportation de poisson soit indemnisée de la perte d'achalandage subie à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la commercialisation du poisson d'eau douce*, S.R.C. 1970, ch. F-13, qui créait un Office fédéral auquel elle conférait le droit exclusif de commercialisation de tout le poisson canadien entre les provinces et à l'étranger. Bien que la Cour ait accordé une indemnisation dans cette cause, le juge Ritchie a affirmé que le législateur pouvait déposer quelque'un de ses biens sans indemnisation équitable à condition de le prévoir expressément (p. 118 (renvoyant à l'arrêt *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 (H.L.), p. 542)).

Plus récemment, dans l'arrêt *Wells*, précité, par. 41, la Cour a conclu qu'un haut fonctionnaire provincial dont le poste avait été aboli par une loi pouvait poursuivre la province en vertu du droit contractuel. Toutefois, la Cour a réaffirmé les règles de droit régissant l'expropriation au Canada. Les législatures ont le pouvoir de procéder à de telles expropriations à condition d'exprimer leur intention en des termes clairs et non ambigus :

Bien qu'une législature puisse avoir le pouvoir extraordinaire d'adopter une loi pour refuser expressément

54

55

an aggrieved individual with whom it has broken an agreement, clear and explicit statutory language would be required to extinguish existing rights previously conferred on that party.

56 Here, to the disadvantage of the respondent, Parliament's expropriative intent was indeed clear and unambiguous. Section 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act* states:

No claim shall be made after this subsection comes into force for or on account of interest on moneys held or administered by the Minister during any period prior to January 1, 1990 pursuant to subsection 41(1) of the *Pension Act*, subsection 15(2) of the *War Veterans Allowance Act* or any regulations made under section 5 of this Act.

57 The provision leaves no doubt that the respondent has no claim for interest. Since he would have had no substantive right against a clear and unambiguous expropriation in 1960, the *Bill of Rights* can offer him no such protection today.

C. Section 2(e) of the *Bill of Rights*

58 Section 2(e) of the *Bill of Rights* guarantees that "... no law of Canada shall be construed or applied so as to ... (e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations." Counsel for the respondent submitted that he was guaranteed such a hearing prior to Parliament expropriating the interest on his pension moneys.

59 However, s. 2(e) applies only to guarantee the fundamental justice of proceedings before any tribunal or administrative body that determines individual rights and obligations. That this is the case becomes more obvious by examining the other guarantees of s. 2, which confer:

- (i) protections against arbitrary detention and cruel and unusual punishment;

d'indemniser une personne lésée avec qui elle a rompu une entente, il faudrait qu'une loi soit libellée de façon claire et explicite pour éteindre les droits qui avaient été précédemment conférés à cette partie.

En l'espèce, malheureusement pour l'intimé, l'intention du législateur d'exproprier est claire et non ambiguë. Le paragraphe 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants* prévoit :

Les demandes visant les intérêts afférents aux sommes détenues ou gérées par le ministre pendant une période antérieure au 1^{er} janvier 1990 au titre du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*, du paragraphe 15(2) de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants* ou des règlements d'application de l'article 5 de la présente loi sont irrecevables après l'entrée en vigueur du présent paragraphe.

Cette disposition ne laisse aucun doute : l'intimé n'a pas le droit de réclamer des intérêts. Étant donné qu'il n'aurait pu faire valoir aucun droit substantiel contre une expropriation claire et non ambiguë en 1960, il ne bénéficie pas aujourd'hui d'une telle protection par application de la *Déclaration canadienne des droits*.

C. L'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*

L'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* garantit que « ... nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [...] e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations ». L'avocat de l'intimé dans le présent pourvoi a prétendu que feu M. Authorson avait droit à une telle audition avant que le législateur exproprie les intérêts sur sa pension.

Toutefois, l'alinéa 2e) ne garantit le respect de la justice fondamentale que dans une instance devant un tribunal ou un organisme administratif qui définit les droits et obligations d'un individu. D'autres garanties de l'art. 2 confirment cette interprétation à l'évidence:

- (i) les garanties contre la détention arbitraire et les traitements cruels et inusités;

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (ii) upon arrest, the right to information about charges laid, the right to counsel and the right to <i>habeas corpus</i>; (iii) evidentiary rights and rights against self-incrimination; (iv) the presumption of innocence; (v) the right to an impartial tribunal; (vi) the right to reasonable bail; and (vii) the right to an interpreter in proceedings. | <ul style="list-style-type: none"> (ii) le droit d'être promptement informé des motifs de son arrestation, le droit de retenir et de constituer un avocat, le droit de recours par voie d'<i>habeas corpus</i>; (iii) les droits relatifs à la preuve et les protections contre l'auto-incrimination; (iv) la présomption d'innocence; (v) le droit à un tribunal impartial; (vi) le droit à un cautionnement raisonnable; et (vii) le droit à l'assistance d'un interprète dans une instance devant un tribunal. |
|---|---|

All of these protections are legal rights applicable in the context of, or prior to, a hearing before a court or tribunal.

The French version of s. 2(e) makes this distinction clearer. A fair hearing is translated as "*une audition impartiale de sa cause*". According to *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001), the term "*cause*" means "[*affaire, procès qui se plaide*"]". This definition confirms the legalistic nature of the "fair hearing".

Section 2(e) of the *Bill of Rights* does not impose upon Parliament the duty to provide a hearing before the enactment of legislation. Its protections are operative only in the application of law to individual circumstances in a proceeding before a court, tribunal or similar body.

V. Conclusion

The respondent and the class of disabled veterans it represents are owed decades of interest on their pension and benefit funds. The Crown does not dispute these findings. But Parliament has chosen for undisclosed reasons to lawfully deny the veterans, to whom the Crown owed a fiduciary duty, these benefits whether legal, equitable or fiduciary. The due process protections of property in the *Bill of Rights* do not grant procedural rights in the process of legislative enactment. They do confer certain rights to notice and an opportunity to make submissions in

Il s'agit là de garanties juridiques applicables avant ou pendant une audience devant une cour de justice ou un tribunal.

Cette distinction est plus claire dans la version française de l'al. 2e) qui utilise l'expression «une audition impartiale de sa cause», que dans la version anglaise qui utilise les mots «*fair hearing*». *Le Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001) définit ainsi le terme «*cause*» : «[*affaire, procès qui se plaide*]». Cette définition confirme la nature juridictionnelle de l'«*audition impartiale*».

L'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* n'oblige pas le législateur à tenir une audience avant l'adoption d'une loi. Ses garanties ne jouent que dans le cadre de l'application de la loi à des situations individuelles dans une instance tenue devant une cour de justice, un tribunal administratif ou un organisme semblable.

V. Conclusion

Des décennies d'intérêts sur leurs pensions et allocations sont dues à l'intimé et aux anciens combattants invalides qu'il représente. L'État ne conteste pas ces conclusions. Le législateur a toutefois décidé, pour des raisons qu'il n'a pas dévoilées, de refuser en toute légalité ces intérêts — dus en vertu de la common law, de l'équité ou d'une fiducie — aux anciens combattants envers lesquels l'État avait néanmoins une obligation de fiduciaire. Les garanties d'application régulière de la loi quant à la jouissance des biens, établies dans la *Déclaration*

60

61

62

the adjudication of individual rights and obligations, but no such rights are at issue in this appeal.

63 While the due process guarantees may have some substantive content not apparent in this appeal, there is no due process right against duly enacted legislation unambiguously expropriating property interests.

64 I would allow the appeal without costs. I would not disturb the order as to costs below.

65 I would answer the constitutional questions as follows:

(1) Is s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C. 1985, c. V-1, as amended, inconsistent with s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44?

Answer: No.

(2) Is s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C. 1985, c. V-1, as amended, inconsistent with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44?

Answer: No.

(3) If the answer to question 1 or 2 is in the affirmative, is s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act*, R.S.C. 1985, c. V-1, as amended, inoperable by reason of such inconsistency?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Raphael Partners, Windsor.

canadienne des droits, ne confèrent pas de droits procéduraux relativement au processus législatif. Elles confèrent certains droits à un préavis et à la possibilité de présenter des observations dans le cadre d'un processus juridictionnel portant sur les droits et obligations d'un individu, mais de tels droits ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

Les garanties d'application régulière de la loi peuvent avoir un certain contenu substantiel qui ne ressort pas du présent pourvoi, mais on ne peut invoquer aucun droit à l'application régulière de la loi pour contester une mesure législative qui exproprie des droits de propriété de façon non ambiguë.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sans dépens et de ne pas modifier l'adjudication des dépens dans les instances inférieures.

Je suis d'avis de répondre de la manière suivante aux questions constitutionnelles :

(1) Le paragraphe 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. V-1, modifiée, est-il incompatible avec l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44?

Réponse : Non.

(2) Le paragraphe 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. V-1, modifiée, est-il incompatible avec l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44?

Réponse : Non.

(3) Si la réponse aux questions 1 ou 2 est affirmative, le par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*, L.R.C. 1985, ch. V-1, modifiée, est-il inopérant en raison de cette incompatibilité?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Raphael Partners, Windsor.

**Insurance Corporation of British
Columbia Appellant**

v.

Unifund Assurance Company Respondent

**INDEXED AS: UNIFUND ASSURANCE CO. v. INSURANCE
CORP. OF BRITISH COLUMBIA**

Neutral citation: 2003 SCC 40.

File No.: 28745.

2002: December 12; 2003: July 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Extraterritorial limitation on
provincial legislation — Applicability of reimbursement
provisions of Ontario regulatory scheme to out-of-
province insurer.*

*Insurance — Motor vehicles — Interprovincial motor
vehicle liability insurance — Arbitrator — Jurisdic-
tion — Ontario residents injured while travelling in
British Columbia — Ontario residents receiving statu-
tory accident benefits under Ontario policy from Ontario
insurer — British Columbia law permitting insurer in
that province to deduct from damages payable amount
of benefits received by insured under automobile insur-
ance “wherever” issued — Ontario Insurance Act not
permitting deduction but providing for indemnification
of no-fault insurer by tortfeasors’ insurer for ben-
efits paid — Jurisdiction of arbitrator appointed under
Ontario Insurance Act to decide issues of jurisdiction
simpliciter, forum conveniens and choice of law — Insur-
ance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 275.*

Mr. and Mrs. B, Ontario residents, were injured when
their rented car was struck by a tractor-trailer in British
Columbia. All the vehicles involved in the accident
were registered in British Columbia and insured by the

**Insurance Corporation of British
Columbia Appelante**

c.

Unifund Assurance Company Intimée

**RÉPERTORIÉ : UNIFUND ASSURANCE CO. c.
INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA**

Référence neutre : 2003 CSC 40.

N^o du greffe : 28745.

2002 : 12 décembre; 2003 : 17 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO.

*Droit constitutionnel — Limites de la portée extra-
territoriale d’une loi provinciale — Applicabilité à un
assureur de l’extérieur de la province des dispositions en
matière d’indemnisation entre assureurs prévues par le
régime de réglementation ontarien.*

*Assurance — Véhicules automobiles — Assurance-
responsabilité automobile interprovinciale — Arbi-
tre — Compétence — Résidents de l’Ontario victimes
d’un accident de la route en Colombie-Britannique —
Indemnités d’accident légales versées à ces résidents
de l’Ontario en vertu d’une police émise en Ontario par
un assureur de cette province — Loi de la Colombie-
Britannique permettant aux assureurs dans cette province
de déduire des dommages-intérêts les indemnités reçues
par les assurés en vertu d’une police d’assurance auto-
mobile « peu importe » où elle a été émise — Déduction
en question non permise par la Loi sur les assurances
de l’Ontario qui pourvoit toutefois à l’indemnisation par
l’assureur de l’auteur du délit civil de l’assureur ayant
versé les indemnités hors-faute — Pouvoir de l’arbitre
nommé en vertu de la Loi sur les assurances de l’Ontario
de statuer sur les questions de la simple reconnaissance
de compétence, du forum conveniens et du choix du droit
applicable — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch.
I.8, art. 275.*

M. et M^{me} B, des résidents de l’Ontario, ont été bles-
sés au cours d’un voyage en Colombie-Britannique lors-
que leur voiture de location a été heurtée par un camion
gros porteur. Tous les véhicules en cause dans l’accident

appellant. After their return to Ontario, both Mr. and Mrs. B received substantial statutory accident benefits (SABs) under their Ontario policy from their Ontario insurer, the respondent. Subsequently they were awarded substantial damages in an action brought in British Columbia against the negligent truck owner, truck driver and truck repair shop, all of whom were insured by the appellant. Pursuant to s. 25 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act*, the appellant deducted the no-fault benefits paid to the Bs from the award of damages in British Columbia.

Both the Ontario insurer and the British Columbia insurer were parties to a Power of Attorney and Undertaking (the "PAU") exchanged by motor vehicle insurers to denote compliance with minimum coverage requirements and to facilitate acceptance of service. The PAU is part of a reciprocal scheme for the enforcement of motor vehicle insurance claims in Canada.

Under s. 275 of the Ontario *Insurance Act*, the payor of the SABs is entitled to seek indemnification from the insurer of any heavy commercial vehicle involved in the accident. The respondent applied to the Ontario Superior Court of Justice for the appointment of an arbitrator to determine the question of indemnification. The appellant made a cross-motion for a stay of proceedings on the basis, *inter alia*, that the Ontario insurance regulatory scheme could not constitutionally apply to it on the facts of this case, or, in the alternative, on the basis that British Columbia was the more convenient forum. The motions court, applying *forum non conveniens* principles, granted the appellant's cross-motion to stay the proceedings. The Court of Appeal reversed that decision, finding that the motions judge should have declined to hear the motion for a stay and proceeded with the appointment of an arbitrator who could then deal with any issues of jurisdiction and law, including the constitutional issue.

Held (Major, Bastarache and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie and LeBel JJ.: The principal issue is the constitutional applicability of the Ontario *Insurance Act* to the appellant on the facts of this particular case, and the motions court ought to have addressed it. If the Ontario insurance scheme is wholly inapplicable to the appellant on the facts here, an arbitrator appointed under the Act is without any

étaient immatriculés en Colombie-Britannique et assurés par l'appelante. Après leur retour en Ontario, M. et M^{me} B ont reçu de l'intimée, leur assureur dans cette province, des indemnités d'accident légales substantielles (IAL). Par la suite, ils ont reçu une somme considérable au titre des dommages-intérêts au terme d'une action intentée en Colombie-Britannique contre le propriétaire du camion, le camionneur et l'atelier qui avait réparé le camion, qui étaient tous assurés par l'appelante. Conformément à l'art. 25 de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Insurance (Motor Vehicle) Act*, l'appelante a soustrait de la somme accordée au titre de dommages-intérêts en Colombie Britannique les indemnités hors-faute versées à M. et M^{me} B.

Tant l'assureur ontarien que celui de la Colombie-Britannique étaient signataires du document appelé Procuration et engagements (le « formulaire P&E »), que s'échangent les assureurs automobiles et qui atteste le respect des exigences minimales en matière de garantie d'assurance et facilite l'acceptation de documents en cas de signification. Le formulaire P&E fait partie d'un régime de réciprocité visant l'exécution des demandes d'indemnités présentées au Canada.

La société qui verse des IAL a droit, en vertu de l'art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, d'être indemnisée par l'assureur de tout véhicule commercial lourd impliqué dans l'accident. L'intimée a demandé à la Cour supérieure de justice de l'Ontario de nommer un arbitre pour trancher la question de l'indemnisation. L'appelante a présenté une motion sollicitant la suspension de l'instance, pour le motif, notamment, que le régime ontarien de réglementation du secteur des assurances est constitutionnellement inapplicable eu égard aux faits de l'espèce ou que la Colombie-Britannique est le ressort le plus approprié. Appliquant les principes relatifs au *forum non conveniens*, le tribunal des motions a accueilli la motion incidente de l'appelante sollicitant la suspension de l'instance. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge des motions au motif que celui-ci aurait dû refuser d'entendre la requête en suspension de l'instance et nommer l'arbitre, lequel aurait alors examiné toutes les questions de compétence et de droit, y compris la question constitutionnelle.

Arrêt (les juges Major, Bastarache et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Binnie et LeBel : La principale question litigieuse est l'applicabilité constitutionnelle de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario à l'appelante compte tenu des faits de l'espèce, et le juge des requêtes aurait dû se prononcer sur cette question. Si le régime d'assurance ontarien est entièrement inapplicable à l'appelante eu égard aux faits

statutory or other authority to decide anything in this case.

There is no doubt that an arbitrator or administrative tribunal can be vested with jurisdiction to determine questions of law, even questions of constitutional law going to its own jurisdiction, provided that the legislature has made plain that intention. Assuming that the Ontario legislature intended s. 17(1) of the *Arbitration Act, 1991* to be such a grant of jurisdiction, however, there is nothing in the Act to suggest that this jurisdiction was intended in all circumstances to be exclusive. When the authority of a court is invoked to appoint an arbitrator under a statute which one of the parties contends cannot constitutionally apply to it, the court should deal with the challenge.

Section 275 of the Ontario *Insurance Act* is constitutionally inapplicable to the appellant because its application in the circumstances of this case would not respect territorial limits on provincial jurisdiction. This territorial restriction is fundamental to our system of federalism in which each province is obliged to respect the sovereignty of the other provinces within their respective legislative spheres, and expects the same respect in return.

The territorial limits on the scope of provincial legislative authority prevent the application of the law of a province to matters not sufficiently connected to it. Different degrees of connection to the enacting province may be required according to the subject matter. A “real and substantial connection” sufficient to permit the court of a province to take jurisdiction over a dispute may nevertheless not be sufficient for the law of that province to regulate the outcome. What constitutes a “sufficient” connection depends on the relationships among the enacting jurisdiction, the subject matter of the legislation and the individual or entity sought to be regulated by it. The applicability of an otherwise competent provincial regulatory scheme to an out-of-province defendant is conditioned by the requirements of order and fairness that underlie our federal arrangements.

Under ordinary constitutional principles the Ontario *Insurance Act* is inapplicable to the out-of-province appellant in this case. Not only is the appellant not authorized to sell insurance in Ontario, it does not in fact do so. Its insured vehicles in this case did not venture into Ontario. The accident did not take place in Ontario, and the appellant did not benefit from the deduction of the

de l'espèce, l'arbitre nommé en vertu de la Loi ontarienne ne dispose d'aucun pouvoir — d'origine législative ou autre — pour statuer sur quelque question que ce soit dans la présente affaire.

Il est certain qu'un arbitre ou un tribunal administratif peut se voir accorder le pouvoir de trancher des questions de droit — même des questions de droit constitutionnel touchant à sa propre compétence —, pourvu que le législateur ait clairement indiqué que telle était son intention. À supposer toutefois que la province d'Ontario entendait que le par. 17(1) ait pour effet de conférer une telle compétence, rien dans la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* n'indique que cette compétence était censée être exclusive dans tous les cas. Lorsqu'on invoque la compétence d'un tribunal de nommer un arbitre en vertu d'une loi qui, selon la prétention d'une des parties, ne peut constitutionnellement s'appliquer à elle, le tribunal judiciaire devrait trancher la contestation.

L'article 275 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario est constitutionnellement inapplicable à l'appelante pour le motif que, dans les circonstances de la présente affaire, son application ne respecterait pas les limites territoriales de la compétence provinciale. Cette restriction de la portée territoriale est fondamentale dans notre régime fédéral, où chaque province est tenue de respecter la souveraineté législative des autres provinces dans leurs champs de compétence respectifs et s'attend au même respect en retour.

Les limites territoriales du pouvoir de légiférer des provinces empêchent les lois d'une province de s'appliquer aux affaires qui ne présentent pas de lien suffisant avec cette dernière. Différents degrés de rattachement à la province ayant légiféré peuvent être requis selon l'objet du différend. Un « lien réel et substantiel » qui serait par ailleurs suffisant pour permettre aux tribunaux d'une province de se déclarer compétents à l'égard d'un litige peut néanmoins ne pas être suffisant pour que les lois de cette province décident de l'issue de ce litige. Le caractère « suffisant » du lien dépend du rapport qui existe entre le ressort ayant légiféré, l'objet du texte de loi et l'individu ou l'entité qu'on cherche à assujettir à celui-ci. L'applicabilité d'un régime provincial de réglementation par ailleurs valide à un défendeur de l'extérieur de la province concernée est fonction des exigences d'ordre et d'équité qui sous-tendent nos structures fédérales.

Suivant les principes ordinaires du droit constitutionnel, la *Loi sur les assurances* de l'Ontario est inapplicable en l'espèce à l'appelante de l'extérieur de la province. Non seulement l'appelante n'est-elle pas autorisée à vendre de l'assurance en Ontario, mais, dans les faits, elle n'en vend pas. Aucun des véhicules assurés par l'appelante en l'espèce ne s'est rendu en Ontario.

SABs by virtue of Ontario law but by the law of British Columbia. If the respondent were correct, Ontario could attach whatever benefits it liked to an out-of-province accident and require the appellant to come to Ontario to reimburse the Ontario insurer irrespective of whether or not British Columbia law permitted any deduction in that respect from the judgment award.

The PAU signed by the appellant has no application to the facts of this case. Its operation is explicitly limited to a proceeding "arising out of a motor-vehicle accident in any of the respective Provinces or Territories". The "respective Provinces or Territories" are those thereafter listed, namely (in this instance) provinces and territories other than British Columbia, whose name was crossed out on the standard form. The interpretation that the PAU is directed to out-of-province accidents is confirmed by the wording of the undertakings set out in the PAU itself. Moreover, even if the PAU could be interpreted to require the appellant's appearance to defend the respondent insurer's claim in Ontario, the appellant would not thereby be precluded from contesting the application of the Ontario *Insurance Act* to impose a civil obligation on an out-of-province insurer in respect of an out-of-province motor vehicle accident.

The PAU should not be interpreted as a general attornment by the appellant to Ontario insurance law in respect of a motor vehicle accident that occurred in British Columbia. The fact that the appellant has on occasion attorned to Ontario in defending British Columbia motorists involved in accidents in Ontario does not constitute a general attornment to Ontario in respect of all accidents wherever they take place and any consequent proceedings.

Since the Ontario regulatory scheme does not apply to the out-of-province appellant on the facts of this case, the issue of *forum non conveniens* is moot. There is no statutory cause of action available to the respondent to sue upon in Ontario or in British Columbia.

Per Major, Bastarache and Deschamps JJ. (dissenting): A superior court judge must decide the issues of

L'accident n'a pas eu lieu dans cette province et l'appelante a pu bénéficier de la déduction en vertu non pas des lois de l'Ontario mais de celles de la Colombie-Britannique. Si l'intimée a raison, l'Ontario pouvait, à son gré, accorder n'importe quelle sorte d'indemnité à l'égard d'un accident survenu dans une autre province et obliger l'appelante à venir en Ontario rembourser l'assureur ontarien, peu importe si les lois de la Colombie-Britannique permettaient de déduire de la somme accordée par le jugement quelque partie que ce soit de cette indemnité.

Le formulaire P&E signé par l'appelante ne s'applique pas aux faits de l'espèce. Son application est expressément limitée aux procédures intentées [TRADUCTION] « par suite d'un accident d'automobile survenu dans quelque province ou territoire concerné ». L'expression « province ou territoire concerné » s'entend des ressorts énumérés, à savoir (dans la présente affaire) les provinces et territoires autres que la Colombie-Britannique, province dont le nom a été biffé sur le formulaire type. Le libellé des engagements énoncés dans le formulaire P&E lui-même confirme l'interprétation selon laquelle le formulaire P&E vise les accidents d'automobile survenant à l'extérieur de la province. En outre, même s'il était possible de considérer que le formulaire P&E oblige l'appelante à comparaître, en défense, à l'action intentée en Ontario par la société d'assurance intimée, l'appelante ne serait pas de ce fait empêchée de contester la prétention selon laquelle la *Loi sur les assurances* de l'Ontario s'applique et a pour effet d'imposer à un assureur d'une autre province une obligation civile à l'égard d'un accident d'automobile survenu dans une autre province.

La signature du formulaire P&E ne saurait être considérée comme un acquiescement général par l'appellant à l'application du droit ontarien des assurances à l'égard de l'accident d'automobile survenu en Colombie-Britannique. Le fait que l'appelante ait, à l'occasion, acquiescé à la compétence des tribunaux de l'Ontario en présentant une défense au nom d'automobilistes de la Colombie-Britannique ayant eu des accidents en Ontario ne constitue pas un acquiescement général à la compétence des tribunaux ontariens relativement à tout accident — peu importe le lieu où il se produit — et aux procédures qui en découlent.

Étant donné que, eu égard aux faits de l'espèce, le régime ontarien ne s'applique pas à l'appelante de l'extérieur de la province, la question du *forum non conveniens* est devenue théorique. L'intimée ne dispose d'aucune cause d'action prévue par la loi la fondant à intenter des poursuites en Ontario ou en Colombie-Britannique.

Les juges Major, Bastarache et Deschamps (dissidents) : Il appartient aux juges des cours supérieures

jurisdiction *simpliciter* and *forum conveniens*. Even though it may be difficult to isolate these two issues of jurisdiction perfectly, the Court of Appeal could not decide to submit the whole matter to an arbitrator without inferentially deciding that the Ontario *Insurance Act* applied, since the appointment of the arbitrator depends on the application of s. 275 of that Act.

A link with the subject matter of the claim is sufficient to establish the jurisdiction *simpliciter* of a forum given the flexible approach that has been endorsed by this Court. On the facts of this case, the appellant has accepted the jurisdiction of Ontario in this matter by signing a PAU, which constitutes a sound foundation for the application of the Ontario *Insurance Act* to the parties in this case. The insurers, by signing the PAU, have recognized the interrelationship of insurance regimes across Canada and accepted that insurers in one province will sometimes be sued in other provinces. It is therefore reasonably foreseeable that the appellant will sometimes have to appear in Ontario to defend an action brought in that jurisdiction as a result of an accident having occurred in British Columbia. The appellant is, at least notionally, an insurer in Ontario, or one carrying out business in that province. It is not unfair that insurers involved in the interprovincial scheme underlying this appeal, and having accepted the risk of harm to extraprovincial parties to the agreement, be considered to have attorned to the jurisdiction of Ontario's courts. All of the reasons justifying a widened jurisdiction in *Morguard* apply in this case. Most importantly, the demands of Canadian federalism strongly favour this result. It is unreasonable, when deciding the issue of jurisdiction *simpliciter*, to enter into a piecemeal interpretation of the regime providing for the integration of insurance protection across Canada and to establish distinctions between benefits payable to the insured, on the one hand, and the indemnification of their insurers, on the other hand. There are a number of considerations which, taken together with the general language of the PAU, indicate that the appellant is subject to Ontario's jurisdiction. The benefits paid by the respondent to an Ontario resident that were later deducted by the appellant, the general undertaking to appear by the appellant, and its limited undertaking not to present certain defences in Ontario actions all militate in favour of a finding that jurisdiction *simpliciter* is made out.

de trancher les questions de la simple reconnaissance de compétence et du *forum conveniens*. Bien qu'il puisse être difficile de dissocier complètement ces deux questions de compétence, la Cour d'appel ne pouvait décider que toute l'affaire relevait de l'arbitre sans implicitement conclure à l'application de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, puisque la nomination de l'arbitre dépend de l'application de l'art. 275 de cette loi.

L'existence d'un lien avec l'objet de l'action suffit pour établir la simple reconnaissance de compétence d'un tribunal, vu la démarche souple à laquelle a souscrit notre Cour. Il ressort des faits en l'espèce que l'appelante a acquiescé à la compétence des tribunaux ontariens à l'égard de l'objet de l'action en signant le formulaire P&E, document qui constitue une assise solide pour justifier en l'espèce l'application aux parties de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. En signant le formulaire P&E, les assureurs ont reconnu la connexité entre les régimes d'assurance au Canada et le fait que les assureurs exerçant leurs activités dans une province puissent, à l'occasion, être poursuivis dans une autre. Il est donc raisonnablement prévisible que l'appelante sera parfois tenue de comparaître en Ontario afin de se défendre contre une action intentée dans cette province à la suite d'un accident survenu en Colombie-Britannique. L'appelante est, en principe à tout le moins, un assureur en Ontario ou un assureur exerçant des activités dans cette province. Comme les assureurs qui participent au régime interprovincial à l'origine du présent pourvoi ont accepté le risque que des parties à l'accord venant d'autres provinces subissent un préjudice, il n'est pas injuste de considérer qu'ils ont acquiescé à la compétence des tribunaux ontariens. Toutes les raisons ayant justifié la reconnaissance d'une compétence élargie dans l'arrêt *Morguard* s'appliquent dans la présente affaire. Qui plus est, les exigences du fédéralisme canadien militent fortement en faveur de ce résultat. Lorsqu'il s'agit de trancher la question de la simple reconnaissance de compétence, il n'est pas raisonnable de s'engager dans une interprétation élément par élément d'un régime pourvoyant à l'intégration des garanties d'assurance en vigueur dans l'ensemble du Canada, et d'établir des distinctions entre les indemnités payables à l'assuré, d'une part, et l'indemnisation de leurs assureurs, d'autre part. Il existe un certain nombre de facteurs qui, conjugués aux termes généraux du formulaire P&E, indiquent que l'appelante est assujéti aux lois et tribunaux de l'Ontario. Tous les éléments suivants incitent à conclure à la simple reconnaissance de compétence: les indemnités que l'intimé a versées à un résident de l'Ontario et que l'appelante a ensuite déduites, la promesse générale de comparaître faite par l'appelante et son engagement limité de ne pas présenter certains moyens de défense dans les actions intentées en Ontario.

The same arguments that justify having a court of justice, not an arbitrator, decide the issue of jurisdiction *simpliciter* in this case apply to the issue of whether the former or the latter should determine whether there exists a more convenient forum. The *forum non conveniens* inquiry is a preliminary one that must be raised at the earliest opportunity and its determination is necessary before the jurisdiction of an arbitrator can be effective in a case such as this. The proper test is to ask whether the existence of a more appropriate forum has been clearly established to displace the forum selected by the plaintiff. If neither forum is clearly more appropriate, the domestic forum wins by default. The application of the balance of convenience by the motions judge constituted an error of law since a party whose case has a real and substantial connection with a forum has a legitimate claim to the advantages that that forum provides. In staying the proceedings in part because he was not satisfied that there would result a loss of a juridical advantage to the respondent, the motions judge established an unduly high threshold. Given the respondent's real and substantial connection to Ontario, it has a legitimate claim to take advantage of the interinsurer indemnification scheme which Ontario provides. There is a fair possibility that the respondent will gain an advantage by prosecuting the action in Ontario. The appellant did not provide any evidence that British Columbia was clearly the more appropriate forum. This action is altogether independent of the one before the British Columbia court; it was started in Ontario on the basis of payments made under an insurance policy contracted in Ontario. Many factors link the parties to Ontario. Furthermore, the possibility of interinsurer indemnification is the product of an Ontario statutory regime.

Valid provincial laws can affect matters which are sufficiently connected to the province. The respondent has shown that the subject matter which the *Insurance Act* covers, interinsurer indemnification, falls within provincial jurisdiction and is sufficiently connected to Ontario so as to render the statute applicable to the appellant.

Cases Cited

By Binnie J.

Distinguished: *Jevco Insurance Co. v. Continental Insurance Co. of Canada* (2000), 132 O.A.C. 379, aff'g [1999] O.J. No. 2267 (QL); *Broken Hill South Ltd. v. Commissioner of Taxation (N.S.W.)* (1936-1937), 56 C.L.R. 337; *R. v. Thomas Equipment Ltd.*, [1979] 2 S.C.R.

Les arguments justifiant qu'un tribunal judiciaire, et non un arbitre, statue sur la question de la simple reconnaissance de compétence dans la présente affaire s'appliquent également à la question de savoir si le tribunal ou l'arbitre doit décider s'il existe un autre tribunal plus approprié en l'espèce. La question du *forum non conveniens* est une question préliminaire qui doit être soulevée à la première occasion et tranchée avant que l'arbitre puisse avoir effectivement compétence dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis. Le critère applicable consiste à se demander si on a clairement établi l'existence d'un tribunal plus approprié que celui choisi par le demandeur à l'action. Lorsqu'aucun des tribunaux n'est clairement le plus approprié, le tribunal interne l'emporte *ipso facto*. Le juge des motions a commis une erreur de droit en appliquant le critère de la prépondérance des inconvénients, puisque la partie dont la demande a un lien réel et substantiel avec un ressort peut légitimement faire valoir les avantages qu'elle peut tirer du fait d'ester en justice dans ce ressort. Le juge des motions a appliqué un critère excessivement exigeant lorsqu'il a sursis à l'instance, en partie parce qu'il n'était pas convaincu que l'intimée perdrait un avantage juridique. En raison du lien réel et substantiel que l'intimée possède avec l'Ontario, elle peut légitimement faire valoir les avantages qu'elle peut tirer du régime d'indemnisation entre assureurs de l'Ontario. L'intimée a de bonnes chances d'obtenir un avantage en étant en justice en Ontario. L'appelante n'a présenté aucune preuve établissant que la Colombie-Britannique était clairement le forum le plus approprié. La présente action est tout à fait indépendante de celle dont est saisi le tribunal de la Colombie-Britannique; elle a été introduite en Ontario, sur la base des paiements effectués en vertu d'une police d'assurance souscrite en Ontario. Bon nombre de facteurs rattachent les parties à l'Ontario. De plus, la possibilité qu'il y ait indemnisation entre assureurs découle d'un régime législatif ontarien.

Une loi provinciale valide peut produire des effets sur des « matières » qui présentent un lien suffisant avec la province. L'intimée a établi que la question traitée dans la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, soit l'indemnisation entre assureurs, est un sujet de compétence provinciale qui présente avec l'Ontario un lien suffisant pour que la loi en question s'applique à l'appelante.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Distinction d'avec les arrêts : *Jevco Insurance Co. c. Continental Insurance Co. of Canada* (2000), 132 O.A.C. 379, conf. [1999] O.J. No. 2267 (QL); *Broken Hill South Ltd. c. Commissioner of Taxation (N.S.W.)* (1936-1937), 56 C.L.R. 337; *R. c. Thomas Equipment*

529; *Union Steamship Co. of Australia Proprietary Ltd. v. King* (1988), 166 C.L.R. 1; *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945); *Allstate Insurance Co. v. Hague*, 449 U.S. 302 (1981); **referred to:** *Brennan v. Singh* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 294; *Ruckheim v. Robinson* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 46; *Potts v. Gluckstein* (1992), 8 O.R. (3d) 556; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *Gray v. Kerlake*, [1958] S.C.R. 3; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *R. v. Jameson*, [1896] 2 Q.B. 425; *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877); *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Credit Foncier Franco-Canadien v. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796; *Kalenczuk v. Kalenczuk* (1920), 52 D.L.R. 406; *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; *Insurance Corp. of British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1999] I.L.R. ¶I-3705; *MacDonald v. Proctor* (1977), 86 D.L.R. (3d) 455, aff'd [1979] 2 S.C.R. 153; *Healy v. Interboro Mutual Indemnity Insurance Co.* (1999), 44 O.R. (3d) 404, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xiii; *Corbett v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1984), 14 D.L.R. (4th) 531.

Ltd., [1979] 2 R.C.S. 529; *Union Steamship Co. of Australia Proprietary Ltd. c. King* (1988), 166 C.L.R. 1; *International Shoe Co. c. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945); *Allstate Insurance Co. c. Hague*, 449 U.S. 302 (1981); **arrêts mentionnés :** *Brennan c. Singh* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 294; *Ruckheim c. Robinson* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 46; *Potts c. Gluckstein* (1992), 8 O.R. (3d) 556; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Royal Bank of Canada c. The King*, [1913] A.C. 283; *Gray c. Kerlake*, [1958] R.C.S. 3; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90; *Spar Aerospace Ltée v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *R. c. Jameson*, [1896] 2 Q.B. 425; *Pennoyer c. Neff*, 95 U.S. 714 (1877); *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Credit Foncier Franco-Canadien c. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. c. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796; *Kalenczuk c. Kalenczuk* (1920), 52 D.L.R. 406; *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Insurance Corp. of British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada*, [1999] I.L.R. ¶I-3705; *MacDonald c. Proctor* (1977), 86 D.L.R. (3d) 455, conf. par [1979] 2 R.C.S. 153; *Healy c. Interboro Mutual Indemnity Insurance Co.* (1999), 44 O.R. (3d) 404, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xiii; *Corbett c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1984), 14 D.L.R. (4th) 531.

By Bastarache J. (dissenting)

Morguard Investments Ltd. v. De Savoye, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *Brennan v. Singh*, [1999] B.C.J. No. 520 (QL); *Brennan v. Singh* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 294, aff'g (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 342; *Brennan v. Singh* (2001), 15 C.P.C. (5th) 17, 2001 BCSC 1812; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Long v. Citi Club*, [1995] O.J. No. 1411 (QL); *Brookville Transport Ltd. v. Maine* (1997), 189 N.B.R. (2d) 142; *Negrych v. Campbell's Cabins (1987) Ltd.*, [1997] 8 W.W.R. 270; *McNichol Estate v. Woldnik* (2001), 150 O.A.C. 68; *Oakley v. Barry* (1998), 158 D.L.R. (4th) 679; *O'Brien v. Canada (Attorney General)* (2002), 210 D.L.R. (4th) 668; *Pacific International Securities Inc. v. Drake Capital Securities Inc.* (2000), 194 D.L.R. (4th) 716; *Cook v. Parcel, Mauro, Hultin & Spaanstra, P.C.* (1997), 143 D.L.R. (4th) 213; *Insurance Corp. of British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1999] I.L.R. ¶I-3705; *Berg (Litigation guardian of) v. Farm Bureau Mutual Insurance Co.* (2000), 50 O.R. (3d) 109; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90; *Avenue Properties Ltd. v. First City Development Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

Statutes and Regulations Cited

Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17, ss. 7(1), (2), (3), 8(2), (3), 10, 17, 48(1)(c).
Automobile Insurance Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 664, s. 9.
Constitution Act, 1867, s. 92.
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, ss. 267.1(8)2(i) [ad. 1993, c. 10, s. 25], 268(1) [rep. & sub. *idem*, s. 26], (2), 275 [am. *idem*, ss. 1, 31].
Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, c. 231, ss. 18, 25.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 17.06.
United States Constitution, art. IV, Fourteenth Amendment.

Authors Cited

Black, Vaughan. « Interprovincial Inter-Insurer Interactions: *Unifund v. ICBC* » (2002), 36 *Can. Bus. L.J.* 436.

Citée par le juge Bastarache (dissent)

Morguard Investments Ltd. c. De Savoye, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *Brennan c. Singh*, [1999] B.C.J. No. 520 (QL); *Brennan c. Singh* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 94, conf. (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 342; *Brennan c. Singh* (2001), 15 C.P.C. (5th) 17, 2001 BCSC 1812; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Long c. Citi Club*, [1995] O.J. No. 1411 (QL); *Brookville Transport Ltd. c. Maine* (1997), 189 R.N.-B. (2^e) 142; *Negrych c. Campbell's Cabins (1987) Ltd.*, [1997] 8 W.W.R. 270; *McNichol Estate c. Woldnik* (2001), 150 O.A.C. 68; *Oakley c. Barry* (1998), 158 D.L.R. (4th) 679; *O'Brien c. Canada (Attorney General)* (2002), 210 D.L.R. (4th) 668; *Pacific International Securities Inc. c. Drake Capital Securities Inc.* (2000), 194 D.L.R. (4th) 716; *Cook c. Parcel, Mauro, Hultin & Spaanstra, P.C.* (1997), 143 D.L.R. (4th) 213; *Insurance Corp. of British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada*, [1999] I.L.R. ¶I-3705; *Berg (Litigation guardian of) c. Farm Bureau Mutual Insurance Co.* (2000), 50 O.R. (3d) 109; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90; *Avenue Properties Ltd. c. First City Development Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

Lois et règlements cités

Automobile Insurance Regulations, R.R.O. 1990, Règl. 664, art. 9.
Constitution des États-Unis d'Amérique, art. IV, Quatorzième amendement.
Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 231, art. 18, 25.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92.
Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, ch. 17, art. 7(1), (2), (3), 8(2), (3), 10, 17, 48(1)(c).
Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 267.1(8)2(i) [aj. 1993, ch. 10, art. 25], 268(1) [abr. & rempl. *idem*, art. 26], (2), 275 [mod. *idem*, art. 1, 31].
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 17.06.

Doctrine citée

Black, Vaughan. « Interprovincial Inter-Insurer Interactions : *Unifund v. ICBC* » (2002), 36 *Rev. can. dr. comm.* 436.

Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated December 2002, Issue 3).

Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2002, release 1).

Sullivan, Ruth E. "Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces" (1985), 7 *Supreme Court L.R.* 511.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000.

United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annex I, arts. 8(1), 16.

Watson, Garry D., and Frank Au. "Constitutional Limits on Service *Ex Juris*: Unanswered Questions from *Morguard*" (2000), 23 *Advocates' Q.* 167.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 204 D.L.R. (4th) 732, 146 O.A.C. 162, 28 C.C.L.I. (3d) 38, [2001] O.J. No. 1885 (QL), reversing a decision of the Superior Court of Justice (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 96, [2000] O.J. No. 3212 (QL). Appeal allowed, Major, Bastarache and Deschamps JJ. dissenting.

Avon M. Mersey, Alan L. W. D'Silva, Michael Sobkin and Sophie Vlahakis, for the appellant.

Leah Price and Gerald George, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie and LeBel JJ. was delivered by

BINNIE J. —

I. Introduction

This appeal raises important questions regarding an alleged extraterritorial application of a provincial regulatory statute. The respondent insurer seeks to recover in Ontario from the appellant British Columbian insurer about \$750,000 under certain statutory provisions of Ontario insurance law.

Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. *Canadian Conflict of Laws*, 5th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002 (loose-leaf updated December 2002, Issue 3).

Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2002, release 1).

Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, N.U. AGRO, 40^e sess., suppl. n^o 17, Doc. N.U. (A/40/17) (1985), ann. I, art. 8(1), 16.

Sullivan, Ruth E. « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985), 7 *Supreme Court L.R.* 511.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York : Foundation Press, 2000.

Watson, Garry D., and Frank Au. « Constitutional Limits on Service *Ex Juris* : Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates' Q.* 167.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 204 D.L.R. (4th) 732, 146 O.A.C. 162, 28 C.C.L.I. (3d) 38, [2001] O.J. No. 1885 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure de justice (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 96, [2000] O.J. No. 3212 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Major, Bastarache et Deschamps sont dissidents.

Avon M. Mersey, Alan L. W. D'Silva, Michael Sobkin et Sophie Vlahakis, pour l'appelante.

Leah Price et Gerald George, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Binnie et LeBel rendu par

LE JUGE BINNIE —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève d'importantes questions touchant à la prétendue application extraterritoriale d'une loi provinciale de nature réglementaire. La société d'assurance intimée tente, en vertu de certaines dispositions législatives ontariennes concernant le droit des assurances, de recouvrer en Ontario la somme d'environ 750 000 \$ de la société d'assurance appelante de la Colombie-Britannique.

2 The dispute between these insurance companies stems from a serious motor vehicle accident in British Columbia. The appellant, a British Columbia insurer, responded there on behalf of the defendants. The injured plaintiffs returned to Ontario and collected statutory no-fault benefits from the respondent, an Ontario insurer, which now seeks reimbursement by subjecting the appellant to the loss transfer provisions of the Ontario scheme.

3 The appellant says it does not have any real and substantial connection with Ontario and therefore Ontario insurance law cannot impose on it a civil obligation arising out of a British Columbia accident. I agree that the respondent seeks to give the Ontario statute impermissible extraterritorial effect. In my view, the appeal should be allowed.

II. The Facts

4 Marcia and Ronald Brennan, who made their home in Cambridge, Ontario, flew to Vancouver in August 1995 for the wedding of one of their sons. While in British Columbia, they rented a car. Driving along the Upper Levels Highway in North Vancouver, the Brennans' rental car was struck from behind by a tractor trailer driven by Baljinder Singh, the impact of which catapulted their car across the centre line concrete barrier into the path of oncoming traffic. In a collision the trial judge described as "horrendous", the Brennans, particularly Mrs. Brennan, suffered terrible injuries. After their return to Ontario, the Brennans' home needed to be extensively renovated, a modified vehicle was purchased, and 24-hour attendant care was provided to Mrs. Brennan, who eventually died from her injuries in March 2001. The amount paid as statutory accident benefits ("SABs") has yet to be finally quantified but is about \$750,000.

Le litige entre ces sociétés d'assurance découle d'un grave accident automobile survenu en Colombie-Britannique. L'appelante, société d'assurance de Colombie-Britannique, a comparu dans cette province au nom des défendeurs. Les demandeurs blessés sont retournés en Ontario, où ils ont touché des indemnités d'assurance sans égard à la responsabilité versées par l'intimée, la société d'assurance faisant affaire en Ontario, laquelle sollicite maintenant le remboursement de ces indemnités en tentant d'assujettir l'appelante aux dispositions relatives à l'indemnisation des pertes entre assureurs prévues par le régime ontarien.

L'appelante dit n'avoir aucun lien réel et substantiel avec l'Ontario et que, en conséquence, le droit ontarien des assurances ne peut lui imposer d'obligation civile découlant d'un accident survenu en Colombie-Britannique. Je souscris à l'argument selon lequel l'intimée cherche à donner à la loi ontarienne des effets extraterritoriaux qu'elle ne saurait avoir. À mon avis, le pourvoi devrait être accueilli.

II. Les faits

En août 1995, Marcia et Ronald Brennan, qui vivent à Cambridge en Ontario, se sont rendus en avion à Vancouver pour assister au mariage d'un de leurs fils. Pendant leur séjour en Colombie-Britannique, ils ont loué une automobile. Alors qu'ils circulaient sur l'autoroute Upper Levels, dans la ville de North Vancouver, leur voiture de location a été heurtée à l'arrière par un camion gros porteur conduit par monsieur Baljinder Singh. Sous l'effet de la collision, l'automobile a été catapultée de l'autre côté du muret central, dans la voie réservée aux véhicules circulant en sens inverse. Les Brennan, M^{me} Brennan surtout, ont été grièvement blessés dans la collision, que le juge de première instance a qualifiée d'« horrible ». Une fois revenus en Ontario, les Brennan ont dû apporter des modifications majeures à leur résidence, ils ont fait l'achat d'un véhicule adapté et des soins auxiliaires ont été fournis 24 heures par jour à M^{me} Brennan, qui est décédée en mars 2001 des suites de ses blessures. La somme payable à titre d'indemnités d'accident légales (« IAL ») n'a pas encore été déterminée exactement, mais elle s'élève à environ 750 000 \$.

Meanwhile, the Brennans brought an action for damages in the Supreme Court of British Columbia and, on March 4, 1999, were awarded approximately \$2.5 million.

The respondent, Unifund Assurance Company (“Unifund”), had issued a motor vehicle insurance policy to the Brennans in Ontario. The policy included the mandatory, no-fault coverage (or SAB) payments, for which the Brennans paid a premium. The Ontario *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8 (also referred to as the “Ontario Act”), provides that SABs are payable under an Ontario policy when insured persons are injured in motor vehicle accidents occurring anywhere in North America. Unifund, a Newfoundland company, was licensed to carry on business in Ontario, but not, at the time of the accident, in British Columbia.

The appellant Insurance Corporation of British Columbia (“ICBC”) insured the negligent truck owner, truck driver, and truck repair shop in British Columbia. It is on the hook for the \$2.5 million award of damages, but, under the law of that province, it is entitled to deduct any no-fault payments paid to the Brennans, even though it actually paid no part of that amount.

Unifund understandably feels aggrieved that the appellant, having contributed nothing to the payment of the no-fault benefits, is nevertheless taking a \$750,000 deduction created at Unifund’s expense. Unifund contends that the appellant should pay it the \$750,000.

III. The Statutory Cause of Action

Unifund’s problem is to find a cause of action. In this appeal, we are dealing only with Unifund’s quite separate and distinct claim under s. 275 of the Ontario Act, which provides a statutory mechanism for transferring losses between Ontario

Dans l’intervalle, les Brennan ont intenté une action en dommages-intérêts en Cour suprême de la Colombie-Britannique et se sont vus accorder, le 4 mars 1999, la somme d’environ 2,5 millions de dollars.

L’intimée, Unifund Assurance Company (« Unifund »), avait établi au nom des Brennan une police d’assurance automobile en Ontario. La police incluait la garantie obligatoire d’assurance pourvoyant au paiement d’indemnités sans égard à la faute (ou IAL) pour laquelle les Brennan avaient versé une prime. La *Loi sur les assurances* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. I.8 (aussi appelée la « Loi ontarienne ») dispose que des IAL sont payables en vertu d’une police contractée en Ontario lorsque les assurés sont blessés dans un accident d’automobile survenant n’importe où en Amérique du Nord. Au moment de l’accident, Unifund, une société terre-neuvienne, était autorisée à exercer ses activités en Ontario, mais non en Colombie-Britannique.

L’appelante, Insurance Corporation of British Columbia (« ICBC »), est l’assureur en Colombie-Britannique des parties ayant été jugées négligentes, à savoir le propriétaire du camion, le camionneur et l’atelier qui a réparé le camion. L’appelante est tenue au paiement de la somme de 2,5 millions de dollars accordée au titre des dommages-intérêts. Toutefois, en vertu du droit de cette province, elle peut déduire tout paiement hors-faute fait aux Brennan, et ce même si, dans les faits, elle n’a versé aucune partie de cette somme.

Naturellement, Unifund s’estime lésée du fait que l’appelante, qui n’a pas contribué aux indemnités hors-faute, se prévale, à ses dépens, d’une déduction de 750 000 \$. Unifund prétend que l’appelante devrait lui payer les 750 000 \$.

III. La cause d’action légale

Le problème que doit surmonter Unifund consiste à établir l’existence d’une cause d’action. Dans le présent pourvoi, nous n’examinons que la demande très précise de Unifund fondée sur l’art. 275 de la Loi ontarienne, disposition établissant un mécanisme

5

6

7

8

9

insurance companies arising out of the payment of SABs under the Ontario Act.

10 It is important to emphasize that Unifund asserts no common law or equitable cause of action against the appellant, ICBC, in these proceedings. In the case before us, Unifund either has a statutory cause of action against the British Columbia insurer under the Ontario Act or it has no cause of action at all.

11 The deduction of about \$750,000 claimed by the appellant, ICBC, is also a creature of statute. Under s. 25(5) of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 231, the British Columbia court is directed to deduct from a damages award “benefits” which include “accident insurance benefits similar” to British Columbia’s no-fault benefits “provided under a contract . . . of automobile insurance wherever issued . . .” (s. 25(1) (emphasis added)). The British Columbia Court of Appeal ordered the \$750,000 to be deducted from the \$2.5 million awarded to the Brennans, even though the appellant contributed nothing to the payment, because, in its view, the legislative purpose of s. 25(5) is to “prevent double recovery by allowing parties to deduct the ‘benefits’ that a claimant receives, or to which a claimant is entitled, from the award of damages”: *Brennan v. Singh* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 294, at para. 4; see also *Ruckheim v. Robinson* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 46 (C.A.), at paras. 50-54. The deductibility approach was perhaps adopted in British Columbia because the appellant, ICBC, as the sole provider of motor vehicle insurance in the province, is generally the payor of both the no-fault benefits and the final award. For the same reason, the British Columbia legislation does not contain a loss transfer provision similar to s. 275 of the Ontario Act to redistribute the cost of no-fault benefits amongst insurance companies.

de contribution des sociétés d’assurance de l’Ontario au paiement des IAL prévues par cette loi.

Il est important de souligner que Unifund n’invoque en l’espèce aucune cause d’action en common law ou en equity contre l’appelante, ICBC. Dans la présente affaire, ou bien Unifund dispose d’une cause d’action contre la société d’assurance de la Colombie-Britannique en vertu de la Loi ontarienne, ou bien elle n’en a pas du tout.

La déduction d’environ 750 000 \$ réclamée par l’appelante, ICBC, est également un droit d’origine législative. Suivant le par. 25(5) de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 231, les tribunaux de cette province sont tenus de soustraire de la somme accordée au titre de dommages-intérêts les diverses [TRADUCTION] « indemnités », y compris les [TRADUCTION] « prestations d’assurance accidents similaires » aux indemnités d’assurance sans égard à la responsabilité de la Colombie-Britannique [TRADUCTION] « versées en application d’un contrat [. . .] d’assurance automobile établi [. . .] en quelque lieu que ce soit . . . » (par. 25(1) (je souligne)). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a ordonné que les 750 000 \$ soient déduits des 2,5 millions de dollars accordés aux Brennan, et ce même si l’appelante n’a pas contribué au paiement des IAL, parce qu’elle estime que le par. 25(5) a pour objet [TRADUCTION] « d’éviter la double indemnisation en permettant aux parties de déduire des dommages-intérêts accordés au demandeur les “indemnités” qui lui sont versées — ou auxquelles il a droit — » : *Brennan c. Singh* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 294, par. 4; voir aussi *Ruckheim c. Robinson* (1995), 1 B.C.L.R. (3d) 46 (C.A.), par. 50-54. Il est possible que la Colombie-Britannique ait adopté la déductibilité en raison du fait que, en tant que seul assureur automobile de la province, l’appelante, ICBC, est en général celle qui verse à la fois les indemnités d’assurance sans égard à la responsabilité et la somme accordée par le jugement définitif. Pour cette même raison, les lois de la Colombie-Britannique ne comportent pas de disposition analogue à l’art. 275 de la Loi ontarienne, qui autorise l’indemnisation, entre sociétés d’assurance, du coût des indemnités sans égard à la responsabilité.

The Ontario insurance scheme, on the other hand, which regulates numerous competing motor vehicle insurers, adopts a different approach. The non-pecuniary damages are calculated “without regard to” SABs (s. 267.1(8)2(i)). However, the payor of the SABs (usually the victim’s insurer) is entitled by statute to indemnification from the insurer of any “heavy commercial vehicle” (*Automobile Insurance Regulations*, R.R.O. 1990, Reg. 664, s. 9) involved in the motor vehicle accident in question, “according to the respective degree of fault of each insurer’s insured as determined under the fault determination rules” (s. 275(2)), i.e., allocated not by general principles of tort but by the rules set out in Ontario regulations. Section 275(4) of the Ontario Act provides that disputes about indemnification are to be resolved by arbitration, pursuant to the *Ontario Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17. There is no doubt that if the appellant were an Ontario insurer, it would be required to arbitrate Unifund’s claim.

It is perhaps important to emphasize that if the Ontario Act applies, the respondent would be entitled to recover even if the appellant were *not* permitted to deduct the \$750,000 from the Brennans’ award. This is because the two provincial regulatory schemes function independently of one another, and deductibility by one insurer is not a condition precedent to recovery by the other insurer under s. 275 of the Ontario Act.

We are told that there is no legislation in British Columbia under which Unifund could pursue a statutory claim for reimbursement against the appellant in that province. The constitutional question of whether the Ontario *Insurance Act* applies to provide Unifund with a statutory cause of action is therefore dispositive of the respondent’s claim.

Pour ce qui est du régime d’assurance ontarien, qui régleme de nombreuses sociétés d’assurance automobile concurrentes, un modèle différent a été adopté. Les dommages-intérêts pour pertes non pécuniaires sont calculés « sans égard » aux IAL (sous-disposition 267.1(8)2(i)). Toutefois, la société qui verse de telles indemnités (habituellement l’assureur de la victime) a droit, en vertu de la Loi, d’être indemnisée par l’assureur de tout [TRADUCTION] « véhicule commercial lourd » (*Automobile Insurance Regulations*, R.R.O. 1990, Règl. 664, art. 9) impliqué dans l’accident d’automobile en question, « en fonction du degré de responsabilité de l’assuré de chaque assureur tel qu’il est établi selon les règles de détermination de la responsabilité » (par. 275(2)), c’est-à-dire non pas selon les principes généraux de la responsabilité délictuelle mais selon les règles énoncées par règlement. Le paragraphe 275(4) de la Loi ontarienne dispose que les différends à l’égard de l’indemnisation doivent être réglés par voie d’arbitrage, conformément à la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* de l’Ontario, L.O. 1991, ch. 17. Il ne fait aucun doute que si l’appelante était un assureur ontarien, elle serait tenue de faire trancher par arbitrage la demande de Unifund.

Il importe de souligner que si la Loi ontarienne s’applique l’intimée aurait droit de recouvrer les indemnités versées, et ce même si l’appelante n’était *pas* autorisée à déduire cette somme des dommages-intérêts accordés aux Brennan. Ce serait le cas parce que les deux régimes provinciaux de réglementation fonctionnent indépendamment l’un de l’autre et que la déductibilité d’une somme donnée par un assureur n’est pas un préalable au recouvrement de celle-ci par l’autre assureur en application de l’art. 275 de la Loi ontarienne.

On nous dit qu’il n’existe en Colombie-Britannique aucune loi qui permettrait à Unifund d’intenter dans cette province une action en remboursement contre l’appelante. La réponse à la question constitutionnelle consistant à décider si la *Loi sur les assurances* de l’Ontario s’applique et fournit à Unifund une cause d’action légale est par conséquent décisive en ce qui concerne la demande de l’intimée.

12

13

14

IV. The Statutory Arbitration

15 Unifund applied to the Ontario Superior Court of Justice for the appointment of an arbitrator pursuant to s. 275(4) of the Ontario Act. The appellant, ICBC, responded with a motion for an order “staying or dismissing” the application on the basis, *inter alia*, that “Ontario law, specifically the Ontario *Insurance Act*, and any procedure under it is not applicable in this matter and does not define the relationship between the parties”. In effect, the appellant’s motion alleged that Unifund’s application disclosed no cause of action against the out-of-province insurer on the facts of this case.

16 The Ontario Court of Appeal directed the appellant to make its objection before an arbitrator appointed pursuant to the Ontario Act. The appellant says that it ought not to be ordered to appear before an arbitrator appointed pursuant to the Ontario Act unless and until it is first determined that the appellant is subject to the Ontario Act with respect to the matters in dispute.

17 I think the appellant is correct on this procedural question as well as in objecting to the substantive application of the Ontario statute to this dispute. If the Ontario insurance scheme is wholly inapplicable to the appellant on the facts here, an arbitrator appointed under the Ontario Act is without any statutory or other authority to decide anything in this case. Practicality as well as principle required the constitutional issue raised by the appellant to be resolved by the superior court to which it was addressed, and it should have been answered, in my view, in the appellant’s favour.

V. The Power of Attorney and Undertaking

18 In order to assist motorists who travel outside their province or state of residence, all Canadian insurers of motor vehicles, and many insurers in the United States, have exchanged what is called a “Power of Attorney and Undertaking” (“PAU”) which denotes “compliance with minimum coverage requirements and facilitat[es] acceptance of

IV. L’arbitrage prévu par la loi

Unifund a demandé à la Cour supérieure de justice de l’Ontario de nommer un arbitre en vertu du par. 275(4) de la Loi ontarienne. L’appelante, ICBC, a répondu par une motion sollicitant une ordonnance portant [TRADUCTION] « suspension ou rejet » de la demande, invoquant notamment que « le droit ontarien, en particulier la *Loi sur les assurances*, et toute procédure fondée sur ces règles de droit, ne s’applique pas en l’espèce et ne régit pas les relations entre les parties ». Concrètement, l’appelante a plaidé dans sa requête que les faits invoqués dans la demande de Unifund ne révèlent aucune cause d’action contre l’assureur de l’autre province.

La Cour d’appel de l’Ontario a ordonné à l’appelante de faire valoir son objection devant un arbitre nommé en vertu de la Loi ontarienne. L’appelante affirme qu’on ne devrait pas lui ordonner de se présenter devant un arbitre nommé en vertu de la Loi ontarienne tant et aussi longtemps qu’il n’aura pas d’abord été jugé qu’elle est assujettie à cette loi en ce qui concerne les questions en litige.

J’estime que l’appelante a raison à l’égard de cette question d’ordre procédural, en plus d’être fondée à contester l’application de la Loi ontarienne au présent différend. Si le régime d’assurance ontarien est entièrement inapplicable à l’appelante eu égard aux faits de l’espèce, l’arbitre nommé en vertu de la Loi ontarienne ne dispose d’aucun pouvoir — d’origine législative ou autre — pour statuer sur quelque question que ce soit dans la présente affaire. Des considérations d’ordre pratique et de politique générale commandaient que la question constitutionnelle soulevée par l’appelante soit décidée par la cour supérieure qui en était saisie et, à mon avis, la cour aurait dû la trancher en faveur de l’appelante.

V. Le formulaire Procuration et engagements

Afin d’aider les automobilistes qui se déplacent à l’extérieur de la province ou de l’État où ils résident, tous les assureurs automobiles du Canada et bon nombre d’assureurs américains ont convenu d’utiliser un document appelé Procuration et engagements (le « formulaire P&E »), qui atteste [TRADUCTION] « le respect des exigences minimales en matière

service”. The PAU is part of a “reciprocal scheme for the enforcement of motor vehicle liability insurance policies in Canadian provinces and territories”: *Potts v. Gluckstein* (1992), 8 O.R. (3d) 556 (C.A.), at p. 557. As the terms of the PAU are important to the respondent’s position, I set out its relevant terms hereunder:

POWER OF ATTORNEY AND UNDERTAKING

(Denoting compliance with minimum coverage requirements and facilitating acceptance of service)

INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA

the head office of which is in the City of North Vancouver

in the . . . Province of British Columbia

In . . . Canada, hereby, with respect to an action or proceeding against it or its insured, or its insured and another or others, arising out of a motor-vehicle accident in any of the respective Provinces or Territories, appoints severally the Superintendents of Insurance of British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island, Newfoundland, Quebec, and Yukon Territory and the Northwest Territories, to do and execute all or any of the following acts, deeds, and things, that is to say: To accept service of notice or process on its behalf.

Insurance Corporation of British Columbia aforesaid hereby undertakes:—

- A. To appear in any action or proceeding against it or its insured in any Province or Territory in which such action has been instituted and of which it has knowledge;
- B. That upon receipt from any of the officials aforesaid of such notice or process in respect of its insured, or in respect of its insured and another or others, it will forthwith cause the notice or process to be personally served upon the insured;

de garantie d’assurance et facilite l’acceptation de documents en cas de signification ». Le formulaire P&E fait partie d’un [TRADUCTION] « régime de réciprocité visant la mise en œuvre des polices d’assurance-responsabilité automobile dans les provinces et territoires du Canada » : *Potts c. Gluckstein* (1992), 8 O.R. (3d) 556 (C.A.), p. 557. Vu l’importance du texte de ce document pour la thèse de l’intimée, j’en reproduis les passages pertinents :

[TRADUCTION]

PROCURATION ET ENGAGEMENTS

(Le présent document atteste le respect des exigences minimales en matière de garantie d’assurance et facilite l’acceptation de documents en cas de signification.)

INSURANCE CORPORATION OF BRITISH COLUMBIA

dont le siège social est situé dans la ville de North Vancouver

dans la [. . .] province de la Colombie-Britannique

au [. . .] Canada, confie par les présentes au surintendant des assurances de la Colombie-Britannique, de l’Alberta, de la Saskatchewan, du Manitoba, de l’Ontario, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l’Île-du-Prince-Édouard, de Terre-Neuve, du Québec, du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest, la charge d’accomplir tout ce qui est prévu par les présentes, à savoir : recevoir en son nom signification de tout avis ou acte de procédure relativement aux actions ou autres procédures intentées contre elle ou contre son assuré, ou contre son assuré et d’autres, par suite d’un accident d’automobile survenu dans quelque province ou territoire concerné » .

Par les présentes, Insurance Corporation of British Columbia s’engage :—

- A. À comparaître à toute action ou autre procédure qui est intentée contre elle ou contre son assuré dans quelque province ou territoire et dont elle a connaissance :
- B. Dès réception de la part de l’un quelconque des fonctionnaires susmentionnés, d’un avis ou acte de procédure qui lui est signifié à l’égard de l’assuré, ou à l’égard de son assuré et d’autres, à faire immédiatement signifier à l’assuré cet avis ou acte de procédure :

C. Not to set up any defence to any claim, action, or proceeding, under a motor-vehicle liability insurance contract entered into by it, which might not be set up if the contract had been entered into in, and in accordance with the laws relating to motor-vehicle liability insurance contracts or plan of automobile insurance of the Province or Territory of Canada in which such action or proceeding may be instituted, and to satisfy any final judgement rendered against it or its insured by a Court in such Province or Territory, in the claim, action or proceeding, in respect of any kind or class of coverage provided under the contract or plan and in respect of any kind or class of coverage required by law to be provided under a plan or contracts of automobile insurance entered into in such Province or Territory of Canada up to the greater of

- (a) the amounts and limits for that kind or class of coverage or coverages provided in the contract or plan, or
- (b) the minimum for that kind or class of coverage or coverages required by law to be provided under the plan or contracts of automobile insurance entered into in such Province or Territory of Canada, exclusive of interest and costs and subject to any priorities as to bodily injury or property damage with respect to such minimum amounts and limits as may be required by the laws of the Province or Territory. [Emphasis added.]

(Note that the words "British Columbia" in the lead paragraph are crossed out in the original PAU.)

VI. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 96

19

Campbell J. had before him the respondent's motion to appoint an arbitrator and the appellant's cross-motion to stay the proceedings for want of jurisdiction, or, in the alternative, for *forum non conveniens*. In his view the purpose of the arbitration under the Ontario Act "is to deal with matters that are clearly in issue within the rules applicable in Ontario" (para. 43). It is not, he concluded, designed to resolve legal issues that may arise because of conflict in the legislation in two different provinces. However, he did not dismiss the

C. À n'invoquer, à l'égard de toute demande, action ou autre procédure, aucun moyen de défense fondé sur le contrat d'assurance-responsabilité automobile qu'elle a conclu et qui ne pourrait être invoqué si ce contrat était intervenu dans la province ou le territoire canadien où cette action ou autre procédure est intentée et avait été conclu conformément aux lois y régissant les contrats d'assurance-responsabilité automobile ou le régime d'assurance automobile, et à exécuter tout jugement définitif prononcé contre elle ou son assuré par un tribunal de la province ou du territoire à l'égard de la demande, de l'action ou de la procédure, relativement à toute garantie prévue par le contrat ou régime applicable ou qui doit, selon la loi, être prévue par le régime ou les contrats d'assurance automobile dans cette province ou ce territoire du Canada, jusqu'à concurrence de la plus élevée des sommes suivantes :

- a) la somme maximale prévue par le contrat ou le régime pour ce genre ou cette catégorie de garanties ;
- b) la somme minimale qui doit, selon la loi, être prévue par un régime ou contrat d'assurance automobile conclu dans cette province ou ce territoire au Canada pour ce genre ou cette catégorie de garanties, à l'exclusion de l'intérêt et des frais, et sous réserve des priorités applicables en vertu des lois de la province ou du territoire en matière de préjudice corporel ou matériel, à l'égard de ces sommes minimales. [Je souligne.]

(Signalons que le mot « Colombie-Britannique » figurant dans le paragraphe liminaire est biffé dans le formulaire P&E.)

VI. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 96

Le juge Campbell était saisi de la motion de l'intimée sollicitant la nomination d'un arbitre et de la motion incidente de l'appelante demandant la suspension de l'instance pour cause d'absence de compétence ou de *forum non conveniens*. Selon lui, l'arbitrage prévu par la Loi ontarienne a pour objet [TRADUCTION] « de trancher les questions qui sont clairement litigieuses eu égard aux règles applicables en Ontario » (par. 43). Il n'est pas conçu, a-t-il conclu, pour régler des questions de droit susceptibles de se soulever en raison d'un

Ontario action. He applied *forum non conveniens* principles and ruled that “the balance favours the stay of the Ontario arbitration” (para. 43). While he did not specifically make a finding with respect to jurisdiction *simpliciter*, he stayed Unifund’s action rather than dismissing it. This disposition presupposed that, while the Ontario court had jurisdiction, it would not be appropriate in all the circumstances to exercise it.

B. *Ontario Court of Appeal* (2001), 204 D.L.R. (4th) 732

The Ontario Court of Appeal reversed the motions judge on the basis that “he should have declined to hear the motion [for a stay] and proceeded with the appointment of the arbitrator who could then deal with any issues of jurisdiction and law” (para. 3). Feldman J.A. approached the appeal as one relating to procedure. It was within the jurisdiction of the arbitrator appointed under the Ontario Act to make the initial determination of jurisdiction. In her view, the appellant’s execution of the PAU obliged it to participate in the Ontario arbitration. Further, an arbitrator appointed under the Ontario legislation is empowered to decide issues of *forum non conveniens*. The appeal was allowed on those procedural grounds.

VII. Relevant Statutory Provisions

The relevant provisions of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, and the *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17, are set out in the Appendix.

VIII. Constitutional Question

On August 27, 2002, the Chief Justice stated the following constitutional question:

Is s. 275 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, as amended, constitutionally inapplicable to the appellant because its application in the circumstances of this case

conflit de lois dans deux provinces différentes. Toutefois, il n’a pas rejeté l’instance introduite en Ontario. Il a appliqué les principes relatifs au *forum non conveniens* et jugé que [TRADUCTION] « la balance penche en faveur de la suspension de l’arbitrage en Ontario » (par. 43). Quoiqu’il n’ait pas tiré de conclusion précise sur la question de la simple reconnaissance de compétence, il a suspendu l’instance introduite par Unifund au lieu de la rejeter. Cette décision présupposait que, bien que le tribunal ontarien était compétent, l’exercice de cette compétence pourrait ne pas être approprié eu égard à toutes les circonstances.

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (2001), 204 D.L.R. (4th) 732

La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision du juge des motions au motif que [TRADUCTION] « celui-ci aurait dû refuser d’entendre la motion [sollicitant la suspension de l’instance] et nommer l’arbitre, lequel aurait alors examiné toutes les questions de compétence et de droit » (par. 3). La juge Feldman a examiné l’appel sous l’angle de la procédure. La décision initiale touchant la compétence était du ressort de l’arbitre nommé en vertu de la Loi ontarienne. Selon la juge, ayant signé le formulaire P&E, l’appelante avait l’obligation de prendre part à l’arbitrage en Ontario. De plus, l’arbitre nommé en vertu des lois de l’Ontario est habilité à trancher les questions concernant le *forum non conveniens*. L’appel a été accueilli pour ces motifs d’ordre procédural.

VII. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, et de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage*, L.O. 1991, ch. 17, sont reproduites à l’annexe.

VIII. La question constitutionnelle

Le 27 août 2002, la Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante :

L’article 275 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, et ses modifications, est-il constitutionnellement inapplicable à l’appelante pour le motif que, dans les

20

21

22

would not accord with territorial limits on provincial jurisdiction?

IX. Analysis

- 23 It is well established that motor vehicle insurance within a province is a matter within provincial legislative competence: *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.). Since 1881, of course, the mobility of Canadians has increased exponentially. Tractor-trailer trucks rumble across the country. Holiday makers are enticed to take their holidays in distant provinces and many travel by car. Other Canadians, like the Brennans, fly to their destination and rent a car upon arrival. Still others regularly drive south to Florida or Arizona for some respite from winter.
- 24 People assume that their insurance follows them and their car wherever they go, and so it does. If the Brennans had taken their car instead of an airplane to British Columbia, and become involved in the same accident, the PAU scheme would have ensured that their Ontario insurer, Unifund, could have been served with a British Columbia Statement of Claim through the Superintendent of Insurance, and could not have raised in the resulting British Columbia proceedings a defence not open to a British Columbia insurer in the same circumstances.
- 25 Similarly, if Baljinder Singh had driven the tractor-trailer east to Ontario and collided with the Brennans on Highway 401 near their home in Cambridge, the PAU would have permitted the appellant, ICBC, to be served through the Superintendent of Insurance. In that case, the appellant could not have raised any defence not open to an Ontario insurer under comparable coverage. Moreover, Ontario law would apply as the law of the place where the accident happened: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022. The PAU would have facilitated service on, and the holding responsible

circonstances de la présente affaire, son application ne serait pas conforme aux limites territoriales de la compétence provinciale?

IX. Analyse

Il est bien établi que le pouvoir de légiférer sur l'assurance automobile relève des provinces : *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.). Depuis 1881, évidemment, les déplacements des Canadiens se sont multipliés de façon exponentielle. Les camions gros porteurs font entendre leur vrombissement d'un bout à l'autre du pays. Invités à visiter des provinces éloignées, les vacanciers sont nombreux à s'y rendre en automobile. Certains Canadiens, comme les Brennan, prennent l'avion jusqu'à leur destination et louent une voiture à leur arrivée. Pour fuir l'hiver, d'autres prennent régulièrement la route du Sud et conduisent jusqu'en Floride ou en Arizona.

Les gens tiennent pour acquis qu'ils continuent d'être assurés, où qu'ils se déplacent avec leur automobile, et c'est effectivement le cas. Si les Brennan s'étaient rendus en automobile en Colombie-Britannique, au lieu de prendre l'avion, et qu'ils y avaient eu le même accident, leur assureur situé en Ontario, Unifund, aurait pu, conformément au régime prévu par le formulaire P&E, se voir signifier, par l'intermédiaire du surintendant des assurances, une déclaration introduite en Colombie-Britannique, auquel cas il n'aurait pu, dans le cadre de l'instance intentée en Colombie-Britannique, faire valoir une défense qu'un assureur de cette province n'aurait pu invoquer dans les mêmes circonstances.

De même, si M. Baljinder Singh avait fait route vers l'est jusqu'en Ontario et que son camion était entré en collision avec la voiture des Brennan sur l'autoroute 401, à proximité de la résidence de ceux-ci à Cambridge, l'appelante, ICBC, aurait pu, en application du même régime, recevoir signification d'une action par l'intermédiaire du surintendant des assurances. Dans un tel cas, elle n'aurait pu faire valoir aucune défense que n'aurait pu invoquer un assureur de l'Ontario tenu à une garantie comparable. En outre, le droit ontarien s'appliquerait en tant que droit du lieu où l'accident s'est produit :

of, the out-of-province tortfeasors and their out-of-province insurer.

In this case, the accident and all the lawsuits arising directly from the accident took place in British Columbia. It is only the quite separate statutory procedure initiated by Unifund against the appellant that is brought in Ontario.

The constitutional question stated by the Chief Justice identifies the dispositive issue:

Is s. 275 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, as amended, constitutionally inapplicable to the appellant because its application in the circumstances of this case would not accord with territorial limits on provincial jurisdiction?

While at one level, the argument is about which court has jurisdiction over the dispute (and if more than one court qualifies, then whether Ontario is the convenient forum for its resolution), the underlying issue is whether, in light of the territorial limitation on provincial legislation, the respondent, Unifund, has a viable cause of action at all against the out-of-province appellant. If it is concluded, as the constitutional question asks, that s. 275 of the Ontario Act is “constitutionally inapplicable to the appellant . . . [because of] territorial limits on provincial jurisdiction”, then Unifund’s action under the Ontario Act should be stopped irrespective of where it is brought.

The general policy objectives of order and fairness that underlie territorial limits were discussed by La Forest J. in *Tolofson*, *supra*, at pp. 1050-51, as follows:

Ordinarily people expect their activities to be governed by the law of the place where they happen to be and expect that concomitant legal benefits and responsibilities will be defined accordingly. The government of that

Tolofson c. Jensen, [1994] 3 R.C.S. 1022. Le formulaire P&E aurait facilité la signification des actes de procédures et autres documents aux auteurs du délit civil de l’autre province et à leur assureur, ainsi que la poursuite de l’action en responsabilité contre eux.

En l’espèce, l’accident et toutes les poursuites en découlant directement ont eu lieu en Colombie-Britannique. Seule la procédure distincte prévue par la Loi ontarienne qu’a intentée Unifund contre l’appelante est présentée en Ontario.

La question constitutionnelle qu’a formulée la Juge en chef résume bien l’aspect décisif du litige :

L’article 275 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8, et ses modifications, est-il constitutionnellement inapplicable à l’appelante pour le motif que, dans les circonstances de la présente affaire, son application ne serait pas conforme aux limites territoriales de la compétence provinciale?

Bien que, d’une part, il s’agisse simplement de décider quel tribunal a compétence sur le différend (et, si plus d’un tribunal est compétent, de décider si le tribunal ontarien est le forum approprié pour trancher ce différend), la véritable question en litige consiste à se demander si, compte tenu des limites territoriales de l’application des lois provinciales, l’intimée, Unifund, dispose d’une quelconque cause d’action valable contre l’appelante de l’extérieur de la province. S’il est jugé, selon le texte de la question constitutionnelle, que l’art. 275 de la Loi ontarienne est « constitutionnellement inapplicable à l’appelante [. . .] [à cause des] limites territoriales de la compétence provinciale », il conviendrait alors de faire cesser l’action intentée par Unifund en vertu de la Loi ontarienne, indépendamment de l’endroit où elle est intentée.

Le juge La Forest a commenté ainsi, aux p. 1050-1051 de l’arrêt *Tolofson*, précité, les objectifs généraux d’ordre et d’équité sur lesquels reposent les limites territoriales restreignant l’application des lois :

Les gens s’attendent habituellement à ce que leurs activités soient régies par la loi du lieu où ils se trouvent et à ce que les avantages et les responsabilités juridiques s’y rattachant soient définis en conséquence. Le gouverne-

26

27

28

place is the only one with power to deal with these activities. The same expectation is ordinarily shared by other states and by people outside the place where an activity occurs. If other states routinely applied their laws to activities taking place elsewhere, confusion would be the result. In our modern world of easy travel and with the emergence of a global economic order, chaotic situations would often result if the principle of territorial jurisdiction were not, at least generally, respected. [Emphasis added.]

29 The respondent, as stated, asserts only an Ontario statutory cause of action. Its request for the appointment of an arbitrator could only be granted if the loss transfer scheme of the Ontario Act applies. Section 275(4), to repeat for convenience, provides that “[i]f the insurers are unable to agree with respect to indemnification under this section, the dispute shall be resolved through arbitration under the *Arbitrations Act*” (emphasis added).

30 Under our federal structure, different provinces are quite free to adopt different statutory schemes for their respective motor vehicle insurance industries. British Columbia decided to confer a monopoly on the appellant to sell motor vehicle insurance in that province. British Columbia does not provide for claims for indemnification amongst rival motor vehicle insurance companies in the province because there are none. Of course, the appellant is not thereby immunized from common law causes of action arising elsewhere, as in the hypothetical case mentioned above of one of its insureds taking his or her motor vehicle to Ontario and getting into an accident: *Potts, supra*, at p. 560. The appellant remains contractually bound to its insured and the PAU is designed to facilitate its appearance and the discharge of its contractual responsibilities in the province where the accident occurred.

31 The respondent has identified two potential grounds on which Ontario law might apply to its claim for reimbursement: firstly, that the appellant does business in Ontario, and is therefore in general subject to the law of the Ontario insurance

ment de ce lieu est le seul habilité à régir ces activités. Les autres États et les étrangers partagent normalement les mêmes attentes. Si d’autres États appliquaient systématiquement leurs lois à des activités qui se déroulent ailleurs, il y aurait confusion. Étant donné la facilité de voyager dans le monde moderne et l’émergence d’un ordre économique mondial, la situation deviendrait souvent chaotique si le principe de la compétence territoriale n’était pas respecté, du moins de façon générale. [Je souligne.]

Comme je l’ai indiqué précédemment, l’intimée invoque uniquement une cause d’action fondée sur une loi ontarienne. Sa demande sollicitant la nomination d’un arbitre ne saurait être accueillie que si le régime d’indemnisation prévu entre assureurs par la Loi ontarienne s’applique. Le paragraphe 275(4), que je reproduis pour des raisons de commodité, dispose que « [s]i les assureurs n’arrivent pas à s’entendre à l’égard de l’indemnisation visée au présent article, le différent est réglé par voie d’arbitrage aux termes de la *Loi sur l’arbitrage* » (je souligne).

Dans notre régime fédéral, chaque province est entièrement libre d’adopter son propre régime législatif pour régir son secteur de l’assurance automobile. La Colombie-Britannique a décidé d’accorder à l’appelante le monopole de la vente d’assurance automobile dans cette province. La Colombie-Britannique n’autorise pas la présentation de demande d’indemnisation entre sociétés d’assurance rivales dans la province, et ce tout simplement parce que l’appelante n’a pas de rivale. Évidemment, l’appelante n’est pas à l’abri des causes d’action fondées sur la common law et prenant naissance dans d’autres provinces, comme l’illustre la situation hypothétique mentionnée précédemment, où un de ses assurés se rendrait en automobile en Ontario et y aurait un accident de la route : *Potts*, précité, p. 560. L’appelante continue d’être liée contractuellement à son assuré et le formulaire P&E vise à lui faciliter la tâche de comparaître et de s’acquitter de ses responsabilités contractuelles dans la province où l’accident s’est produit.

L’intimée a relevé deux motifs susceptibles de justifier l’application du droit ontarien à sa demande de remboursement : premièrement, le fait que l’appelante exerce des activités en Ontario et est donc généralement assujettie au droit qui régit le marché

market place, and, secondly, that under the terms of the PAU, the appellant has in any event undertaken by reciprocal agreement to be bound by Ontario's insurance scheme, including the loss transfer provisions applicable to competing Ontario insurance companies.

Neither of these issues was resolved by the Ontario Court of Appeal because, in its view, their determination should be left, in the first instance, to the arbitrator.

Accordingly, the following are the principal legal issues:

(i) Was the Ontario Court of Appeal correct that an arbitrator appointed under the Ontario Act was the appropriate forum for the determination as to whether the Ontario Act did or did not apply to the appellant in the circumstances of this case (“the arbitration issue”)?

(ii) If not, should the motions judge have determined that s. 275 of the Ontario Act was constitutionally applicable to the appellant having regard to the alleged “real and substantial connection” between the appellant and Ontario on the facts of this case, and/or the terms of the Power of Attorney and Undertaking (PAU) (“the constitutional issue”)?

(iii) If so, should the motions judge have dealt with the further issue of *forum non conveniens*, or, having found jurisdiction *simpliciter*, should the issue of *forum non conveniens* have been referred to the arbitrator, as held by the Court of Appeal (“the *forum non conveniens* issue”)?

I propose to deal with each of these issues in turn.

(i) *Was the Ontario Court of Appeal Correct that an Arbitrator Appointed Under the Ontario Act Was the Appropriate Forum for the Determination as to Whether the Ontario Act Did or Did Not Apply to the Appellant in the Circumstances of This Case (“the Arbitration Issue”)?*

de l'assurance en Ontario; deuxièmement, le fait que, suivant les modalités du formulaire P&E, l'appelante a de toute façon accepté, dans le cadre d'un accord de réciprocité, d'être liée par le régime d'assurance ontarien, y compris par les dispositions relatives à l'indemnisation entre assureurs applicable aux sociétés rivales du secteur de l'assurance en Ontario.

La Cour d'appel de l'Ontario n'a tranché aucune de ces questions, puisque, à son avis, elles devaient l'être en première instance par un arbitre.

En conséquence, voici les principales questions de droit en litige :

(i) La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle eu raison de conclure qu'un arbitre nommé en vertu de la Loi ontarienne constitue le forum approprié pour décider si cette loi s'applique ou non à l'appelante dans les circonstances de l'espèce (« la question de l'arbitrage »)?

(ii) Dans la négative, le juge des motions aurait-il dû conclure que l'art. 275 de la Loi ontarienne est constitutionnellement applicable à l'appelante compte tenu du « lien réel et substantiel » qui existerait entre cette dernière et l'Ontario, eu égard aux faits de l'espèce, et/ou des termes du formulaire P&E (« la question constitutionnelle »)?

(iii) Dans l'affirmative, le juge des motions aurait-il dû examiner la question additionnelle du *forum non conveniens*, ou, puisqu'il a conclu affirmativement à la question de la simple reconnaissance de compétence, la question du *forum non conveniens* aurait-elle dû être renvoyée à un arbitre, conclusion à laquelle est arrivée la Cour d'appel? (« la question du *forum non conveniens* »)?

Je me propose d'examiner chacune de ces questions à tour de rôle.

(i) *La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle eu raison de conclure qu'un arbitre nommé en vertu de la Loi ontarienne constitue le forum approprié pour décider si cette loi s'applique ou non à l'appelante dans les circonstances de l'espèce (« la question de l'arbitrage »)?*

32

33

34

- 35 The Court of Appeal concluded that “the scheme of the *Arbitration Act, 1991*” is that “it is the role of the arbitrator and not of the court, at least initially, to decide questions of jurisdiction, applicable law and questions of law including whether a party is an ‘insurer’ for the purposes of s. 275” (para. 19 (emphasis added)). The court thus dispatched all the jurisdictional and related legal issues to the arbitrator on the basis of s. 17(1) of the *Arbitration Act, 1991* (which applies by virtue of s. 275 of the Ontario Act) and which reads as follows:
- 17.—(1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.
- 36 Section 17 is based on art. 16 of the UNCITRAL model law which reflects the principle of “Kompetenz - Kompetenz”, i.e., that an arbitral tribunal ought to be competent to rule on its own competence. The concept is said to be “fundamental”: L. Y. Fortier, “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: ‘Beware, My Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143, at p. 145.
- 37 There is no doubt that an arbitrator or administrative tribunal can be vested with jurisdiction to determine questions of law, even questions of constitutional law going to its own jurisdiction, provided that the legislature has made plain that intention: see, e.g., *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 61.
- 38 Assuming in the respondent’s favour that the Ontario legislature intended s. 17(1) to be such a grant of jurisdiction, I do not think there is anything in the *Arbitration Act, 1991* to suggest that this
- La Cour d’appel a estimé qu’il ressort de [TRADUCTION] « l’économie de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* » que « c’est à l’arbitre, et non au tribunal, qu’il appartient de trancher, en première instance à tout le moins, la question de la compétence, celle du droit applicable et les questions de droit, y compris celle de savoir si une partie est un “assureur” pour l’application de l’art. 275 » (par. 19 (je souligne)). La Cour d’appel a en conséquence renvoyé à l’arbitre la question de la compétence et toutes les questions de droit connexes, se fondant sur le par. 17(1) de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* (qui s’applique par l’effet de l’art. 275 de la Loi ontarienne) et qui est ainsi rédigé :
- 17 (1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence en matière de conduite de l’arbitrage et peut, à cet égard, statuer sur les objections relatives à l’existence ou à la validité de la convention d’arbitrage.
- L’article 17 est basé sur l’art. 16 de la Loi type de la CNUDCI, lequel s’inspire du principe de la « Kompetenz - Kompetenz », selon lequel un tribunal arbitral doit être compétent pour statuer sur sa propre compétence. Il s’agit d’une notion qu’on qualifie de « fondamentale » : L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, My Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. Can.* 143, p. 145.
- Il est certain qu’un arbitre ou un tribunal administratif peut se voir accorder le pouvoir de trancher des questions de droit — même des questions de droit constitutionnel touchant à sa propre compétence —, pourvu que le législateur ait clairement indiqué que telle était son intention : voir, par exemple, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 61.
- À supposer, comme le veut la thèse de l’intimée, que la province d’Ontario entendait que le par. 17(1) ait pour effet de conférer une telle compétence, j’estime que rien dans la *Loi de 1991 sur*

jurisdiction was intended in all circumstances to be exclusive. Here, we are dealing with a constitutional challenge before the arbitrator has been appointed. The challenge is raised as a preliminary objection in front of the very court that is asked to make the appointment.

The respondent's argument that the arbitrator's jurisdiction should be regarded as exclusive in the first instance rests largely on a series of labour relations cases where this Court held that courts should defer to labour arbitrators in disputes which, in their essential character, arise out of a collective agreement: *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14, at para. 24.

Those cases, however, are based on the Court's interpretation of the legislative intent expressed in labour relations legislation in favour of exclusivity (see *St. Anne*, *supra*, at pp. 718-19, and *Weber*, *supra*, at para. 41). The Court was not being asked to defer to the very arbitrator whose constitutional root of authority was being challenged.

There is nothing in the *Insurance Act* of Ontario, which was the Court of Appeal's springboard into the *Arbitration Act, 1991*, to suggest that the legislature intended an arbitrator appointed under that Act, usually an insurance specialist, to have *exclusive* jurisdiction (even in the first instance) to determine the constitutional applicability of that Act under the division of legislative powers in the Canadian Constitution.

The respondent also relies on *Jevco Insurance Co. v. Continental Insurance Co. of Canada* (2000), 132 O.A.C. 379 (C.A.), aff'g [1999] O.J. No. 2267 (QL) (S.C.J.), but that case turns on a different point. There, the issue sought to be raised before the

l'arbitrage n'indique que cette compétence était censée être exclusive dans tous les cas. En l'espèce, nous sommes en présence d'une contestation de nature constitutionnelle précédant la nomination de l'arbitre. Cette contestation a été soulevée, à titre d'objection préliminaire, devant le tribunal même à qui l'on demande de nommer l'arbitre.

L'argument de l'intimée selon lequel la compétence de l'arbitre devrait être considérée comme exclusive en première instance repose dans une large mesure sur une série d'arrêts en matière de relations du travail dans lesquels notre Cour a jugé que les tribunaux devaient s'en remettre aux arbitres du travail dans les litiges qui, dans leur essence, résultent d'une convention collective : *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14, par. 24.

Toutefois, ces arrêts reposent sur l'interprétation de notre Cour en ce qui concerne les lois sur les relations du travail dans lesquelles le législateur s'est exprimé en faveur de l'exclusivité (voir les arrêts *St. Anne*, précité, p. 718-719, et *Weber*, précité, par. 41). Dans ces affaires, on ne demandait pas à notre Cour de s'en remettre à l'arbitre même dont la compétence était contestée du point de vue constitutionnel.

Rien dans la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, qui a amené la Cour d'appel à examiner la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, ne tend à indiquer que le législateur entendait accorder à l'arbitre nommé en vertu de la première loi — habituellement un spécialiste du domaine des assurances — compétence *exclusive* (même en première instance) pour décider si cette loi est constitutionnellement applicable dans le cadre du partage des pouvoirs législatifs prévu par la Constitution canadienne.

L'intimée invoque également l'arrêt *Jevco Insurance Co. c. Continental Insurance Co. of Canada* (2000), 132 O.A.C. 379 (C.A.), conf. [1999] O.J. No. 2267 (QL) (C.S.J.), mais cette affaire a été décidée sur un point différent. Dans

39

40

41

42

arbitrator was whether the Workers' Compensation legislation relieves an insurer of responsibility for statutory no-fault benefits. All of the parties were in Ontario and subject to the laws of that province. It was open to the Ontario legislature to confer on an arbitrator the determination in the first instance of that legal point, and the Ontario Court of Appeal held that the legislature had done so. Here, by contrast, the issue is whether the laws passed by the Ontario legislature have any application at all to this dispute.

43 Legislative attempts to distance the provincial superior courts from issues of constitutional *applicability* as well as *validity* have generally proven to be unsuccessful. See, e.g., *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at pp. 328-29. In my view, when the authority of a court is invoked to appoint an arbitrator under a statute which one of the parties contends cannot constitutionally apply to it, the court should deal with the challenge. As observed by Estey J. in *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741, the courts are "the authority in the community to control the limits of the respective sovereignties of the two plenary governments, as well as to police agencies within each of these spheres to ensure their operations remain within their statutory boundaries".

44 The jurisdiction of the courts in Ontario to appoint the arbitrator was itself dependent on the application of s. 275 of the Ontario *Insurance Act*. If the Act could not constitutionally apply to this dispute, then an appointment of an arbitrator pursuant to the Act would be ineffective.

45 Section 48(1)(c) of the *Arbitration Act, 1991* provides that the court may set aside an arbitral award on the basis that "the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law". I can think of no practical

Jevco, la question qu'on voulait soumettre à l'arbitre était de savoir si les lois relatives aux accidents du travail dégagent l'assureur de toute responsabilité à l'égard des indemnités d'assurance hors-faute. Toutes les parties étaient de l'Ontario et étaient assujetties aux lois de cette province. Le législateur ontarien avait la capacité d'investir un arbitre du pouvoir de se prononcer en première instance sur ce point de droit et la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il l'avait fait. En l'espèce, par contre, il s'agit de décider si les dispositions législatives adoptées par le législateur ontarien s'appliquent de quelque façon au présent litige.

Les législateurs qui ont tenté de soustraire à la compétence des cours supérieures des provinces des questions d'*applicabilité* et de *validité* constitutionnelles ont généralement échoué dans leur tentative : voir, par exemple, *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 328-329. À mon avis, lorsqu'on invoque la compétence d'un tribunal de nommer un arbitre en vertu d'une loi qui, selon la prétention d'une des parties, ne peut constitutionnellement s'appliquer à elle, le tribunal devrait statuer sur la contestation. Comme l'a fait remarquer le juge Estey dans l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 741, les tribunaux sont, « dans la société, l'autorité qui contrôle les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements pléniers et celle qui surveille les organismes à l'intérieur de ces sphères pour vérifier que leurs activités demeurent dans les limites de la loi ».

Le pouvoir des tribunaux ontariens de nommer l'arbitre était lui-même tributaire de l'application de l'art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. Si cette Loi n'était pas constitutionnellement applicable au litige, la nomination d'un arbitre en vertu de celle-ci serait sans effet.

L'alinéa 48(1)c) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* dispose que le tribunal peut annuler la sentence arbitrale au motif que « l'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario ». Je ne vois aucune raison pratique de

reason to compel the parties to go through a doomed arbitration, where the very issue is the constitutional availability of the statutory cause of action being invoked, rather than having the court determine the issue in the first instance.

If, as the appellant contends, an arbitration would be unconstitutional, then issues of cost, delay and inconvenience all argue for judicial euthanasia at the outset.

I note, as well, that s. 8(2) of the *Arbitration Act, 1991* speaks of the arbitrator's jurisdiction to decide "any question of law that arises during the arbitration" (emphasis added). If the appellant is correct, there is no constitutional basis for the arbitration to come into existence in the first place.

The Ontario courts had jurisdiction to determine the constitutional applicability of the Ontario *Insurance Act* in this case. It involved a claim to reimbursement of a payment made in Ontario to an Ontario insured by an Ontario insurance company. By notice of motion dated July 28, 2000, under Rule 17.06 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, the appellant sought various rulings all of which related to the constitutional applicability of the Ontario *Insurance Act*. There was no objection taken to the Ontario court dealing with the constitutional question. On the contrary, it was of the essence of the appellant's notice of motion.

I conclude, therefore, that the motions court ought to have addressed the issue of the constitutional applicability of the Ontario Act raised by the appellant.

(ii) *Is the Ontario Act Constitutionally Applicable to the Appellant on the Facts of This Case Having Regard to the Alleged "Real and Substantial Connection" Between the Appellant and Ontario and/or the Obligations Undertaken in the Power of Attorney and Undertaking ("PAU") ("the Constitutional Issue")?*

contraindre les parties à entreprendre un arbitrage inutile, dans les cas où la question fondamentale est l'applicabilité, du point de vue constitutionnel, de la cause d'action d'origine législative qui est invoquée, au lieu de demander au tribunal de se prononcer sur cette question en première instance.

Si, comme le prétend l'appelante, l'arbitrage est une mesure inconstitutionnelle, les coûts, les délais et les inconvénients d'une telle procédure sont autant d'arguments incitant à l'écarter d'entrée de jeu par euthanasie judiciaire.

Je tiens également à souligner que, aux termes du par. 8(2) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, l'arbitre peut statuer sur « toute question de droit qui est soulevée au cours de l'arbitrage » (je souligne). Si l'appelante a raison, la tenue même de l'arbitrage n'a aucune assise constitutionnelle.

Les tribunaux ontariens avaient compétence pour statuer sur l'applicabilité constitutionnelle de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario à la présente affaire, qui concerne le remboursement d'une somme versée en Ontario à un assuré ontarien par une société d'assurance de cette province. Au moyen d'un avis de motion daté du 28 juillet 2000 et présenté en vertu de la règle 17.06 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, l'appelante a sollicité diverses décisions touchant l'applicabilité constitutionnelle de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. Personne ne s'est opposé à ce que le tribunal ontarien connaisse de la question d'ordre constitutionnelle. Au contraire, l'avis de motion de l'appelante demandait au tribunal de trancher cette question.

J'arrive en conséquence à la conclusion que le juge des motions aurait dû se prononcer sur la question de l'applicabilité constitutionnelle de la Loi ontarienne soulevée par l'appelante.

(ii) *Eu égard aux faits de l'espèce, la Loi ontarienne est-elle constitutionnellement applicable à l'appelante compte tenu du « lien réel et substantiel » qui existerait entre cette dernière et l'Ontario, et/ou des obligations contractées aux termes du formulaire P&E (« la question constitutionnelle »)?*

46

47

48

49

- 50 It is well established that a province has no legislative competence to legislate extraterritorially. If the Ontario Act purported to regulate civil rights in British Columbia arising out of an accident in that province, this would be an impermissible extraterritorial application of provincial legislation: *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283 (P.C.); *Gray v. Kerlake*, [1958] S.C.R. 3; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 13-4 to 13-25; R. E. Sullivan, "Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces" (1985), 7 *Supreme Court L.R.* 511, at p. 531.
- 51 This territorial restriction is fundamental to our system of federalism in which each province is obliged to respect the sovereignty of the other provinces within their respective legislative spheres, and expects the same respect in return. It flows from the opening words of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, which limit the territorial reach of provincial legislation: "In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to" the enumerated heads of power (emphasis added). The authority to legislate in respect of insurance is founded in s. 92(13), which confers on each legislature the power to make laws in relation to "Property and Civil Rights in the Province" (emphasis added).
- 52 Unifund does not take issue with these basic propositions. Its contention is that it seeks only to enforce its Ontario civil rights in Ontario, namely the right to indemnification created by s. 275 of the Ontario Act. It says it is entitled to do so under ordinary constitutional law principles because there is "a real and substantial connection" between the appellant and Ontario, or, alternatively, under the PAU.
- 53 I therefore turn to the first of the two grounds on which the respondent alleges the Ontario statutory scheme applies.
- Il est bien établi qu'une province n'a pas le pouvoir d'édicter des lois ayant une portée extraterritoriale. Si la Loi ontarienne visait à régir, en Colombie-Britannique, les droits civils résultant d'un accident survenu dans cette province, il s'agirait d'une application extraterritoriale non permise d'une loi provinciale : *Royal Bank of Canada c. The King*, [1913] A.C. 283 (C.P.); *Gray c. Kerlake*, [1958] R.C.S. 3; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 13-4 à 13-25; R. E. Sullivan, « Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces » (1985), 7 *Supreme Court L.R.* 511, p. 531.
- Cette restriction de la portée territoriale est fondamentale dans notre régime fédéral où chaque province est tenue de respecter la souveraineté législative des autres provinces dans leurs champs de compétence respectifs, et où elle s'attend au même respect en retour. Cette restriction ressort du passage liminaire de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui limite la portée territoriale des lois provinciales : « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant » sous les chefs de compétence qui y sont énumérés (je souligne). Le pouvoir de légiférer en matière d'assurance découle du par. 92(13), lequel confère à chaque province le pouvoir de faire des lois relatives à la « propriété et [aux] droits civils dans la province » (je souligne).
- Unifund ne conteste pas ces propositions fondamentales, mais dit chercher simplement à exercer, en Ontario, les droits civils qui lui sont reconnus dans cette province, à savoir le droit à indemnisation créé par l'art. 275 de la Loi ontarienne. Elle affirme avoir droit de le faire soit en vertu des principes ordinaires de droit constitutionnel, du fait de l'existence d'un « lien réel et substantiel » entre l'appelante et l'Ontario, soit en vertu du formulaire P&E.
- Je vais donc examiner les deux moyens invoqués par l'intimée pour établir l'application du régime législatif ontarien.

- (a) The respondent says that there is a “real and substantial connection” between the appellant and Ontario that makes it appropriate for Ontario law to regulate the outcome of their dispute.

The “real and substantial connection” test has been adopted and developed by this Court in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1103 and 1109; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 328; and *Tolofson, supra*, at p. 1049; followed and applied more recently in cases such as *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at para. 71, and *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78.

In this case, however, we are asked to apply the “real and substantial connection test” in the different context of the *applicability* of a provincial regulatory scheme to an out-of-province defendant. The issue is not just the competence of the Ontario court to entertain the appointment of an arbitrator (as in the choice of forum cases) but, as the constitutional question asks, whether the “connection” between Ontario and the respondent is sufficient to support the application to the appellant of Ontario’s regulatory regime.

Consideration of constitutional *applicability* can conveniently be organized around the following propositions:

1. The territorial limits on the scope of provincial legislative authority prevent the application of the law of a province to matters not sufficiently connected to it;
2. What constitutes a “sufficient” connection depends on the relationship among the enacting jurisdiction, the subject matter of the legislation and the individual or entity sought to be regulated by it;

- a) L’intimée affirme qu’il existe, entre l’appelante et l’Ontario, un « lien réel et substantiel » et que, de ce fait, il convient que les lois de l’Ontario décident de l’issue du litige l’opposant à l’appelante.

Notre Cour a adopté et explicité le critère du « lien réel et substantiel » dans les arrêts *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1103 et 1109; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 328; et *Tolofson*, précité, p. 1049; elle l’a suivi et appliqué plus récemment dans des affaires telles que *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, par. 71, et *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78.

En l’espèce, toutefois, nous sommes appelés à appliquer le « critère du lien réel et substantiel » dans le contexte différent de l’applicabilité d’un régime de réglementation établi par une province donnée, à un défendeur de l’extérieur de cette province. Il ne s’agit pas seulement de décider si le tribunal judiciaire ontarien a compétence pour connaître de la demande de nomination de l’arbitre (comme dans les affaires de choix du forum), mais, comme le précise la question constitutionnelle, si le « lien » entre l’Ontario et l’intimée est suffisant pour justifier l’application à l’appelante du régime de réglementation ontarien.

L’examen de l’*applicabilité* du point de vue constitutionnel peut s’articuler autour des propositions suivantes :

1. La limitation territoriale de la portée du pouvoir de légiférer des provinces empêche les lois d’une province de s’appliquer aux affaires qui ne présentent pas de lien suffisant avec cette dernière.
2. Le caractère « suffisant » du lien dépend du rapport qui existe entre le ressort ayant légiféré, l’objet du texte de loi et l’individu ou l’entité qu’on cherche à assujettir à celui-ci.

54

55

56

3. The applicability of an otherwise competent provincial legislation to out-of-province defendants is conditioned by the requirements of order and fairness that underlie our federal arrangements;

4. The principles of order and fairness, being purposive, are applied flexibly according to the subject matter of the legislation.

57 I propose to address each of these elements to the extent necessary to resolve this aspect of the appeal.

1. *The Sufficient Connection*

58 The territorial limits on the scope of provincial legislative authority prevent the application of the law of a province to matters not sufficiently connected to it: J.-G. Castel and J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5th ed. (loose-leaf)), at p. 2.1. As will be seen, a “real and substantial connection” sufficient to permit the court of a province to take jurisdiction over a dispute may not be sufficient for the law of that province to regulate the outcome.

59 In *Tolofson*, La Forest J. observed: “It seems to me self evident, for example, that State A has no business in defining the legal rights and liabilities of citizens of State B in respect of acts in their own country . . . it would lead to unfair and unjust results if it did. The same considerations apply as between the Canadian provinces” (p. 1052).

60 Territorial limits is an ancient doctrine developed in the context not of provinces but of sovereign states, as discussed by Lord Russell of Killowen C. J. in *R. v. Jameson*, [1896] 2 Q.B. 425, at p. 430:

One other general canon of construction is this — that if any construction otherwise be possible, an Act will not be construed as applying to foreigners in respect to acts

3. L’applicabilité d’une loi provinciale par ailleurs valide à un défendeur de l’extérieur de la province concernée est fonction des exigences d’ordre et d’équité qui sous-tendent nos structures fédérales.

4. Comme ils visent une finalité, les principes d’ordre et d’équité sont appliqués d’une manière souple, en fonction de l’objet de la loi.

Je me propose d’examiner ces éléments dans la mesure nécessaire pour régler cet aspect du pourvoi.

1. *L’existence d’un lien suffisant*

Les limites territoriales du pouvoir de légiférer des provinces ont pour effet d’empêcher l’application des lois d’une province aux affaires qui ne présentent pas de lien suffisant avec cette dernière : J.-G. Castel et J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5^e éd. (feuilles mobiles)), p. 2.1. Comme nous le verrons, un « lien réel et substantiel » qui serait par ailleurs suffisant pour permettre aux tribunaux d’une province de se déclarer compétents à l’égard d’un litige peut toutefois ne pas être suffisant pour que les lois de cette province décident de l’issue de ce litige.

Dans l’arrêt *Tolofson*, p. 1052, le juge La Forest a fait l’observation suivante : « Il me semble aller de soi, par exemple, qu’il n’appartient pas à l’État A de définir les droits et obligations des citoyens de l’État B à l’égard d’actes accomplis dans leur propre pays, [. . .] car il s’ensuivrait des résultats inéquitables et injustes si c’était le cas. Les mêmes considérations s’appliquent en ce qui concerne les provinces canadiennes. »

Les limites territoriales du pouvoir législatif constituent une vieille doctrine qui a été élaborée dans le contexte d’affaires concernant non pas des provinces mais des États souverains, comme l’indiquent les explications suivantes de Lord Russell of Killowen dans *R. c. Jameson*, [1896] 2 Q.B. 425, p. 430 :

[TRADUCTION] Selon un autre principe général d’interprétation, si une loi se prête à une interprétation différente, on ne saurait considérer qu’elle s’applique

done by them outside the dominions of the sovereign power enacting. That is a rule based on international law by which one sovereign power is bound to respect the subjects and the rights of all other sovereign powers outside its own territory.

A similar concern for state comity, or reciprocal respect, was internalized within the federal structure of the United States as early as *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877), at p. 722:

. . . no State can exercise direct jurisdiction and authority over persons or property without its territory. . . . The several States are of equal dignity and authority, and the independence of one implies the exclusion of power from all others.

These early formulations conceive of the territorial limitation in very physical terms, as was still the case in 1913 in *Royal Bank of Canada, supra*, where the court struck down an Alberta statute which purported to direct monies raised for a failed railway project to be paid over to provincial government coffers instead of having the monies returned to the lenders, most of whom resided in the United Kingdom. Viscount Haldane L.C. considered it notable that “[n]o money in specie was sent to the branch office” in Alberta (p. 294). He concluded that the debts were recoverable by the bondholders at the Bank’s head office in Montréal. Accordingly, the right of the foreign bondholders to receive back their money

was a civil right which had arisen, and remained enforceable outside the province. The statute was on this ground beyond the powers of the Legislature of Alberta, inasmuch as what was sought to be enacted was neither confined to property and civil rights within the province nor directed solely to matters of merely local or private nature within it. [p. 298]

See also *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137, at p. 141; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R.

aux étrangers à l’égard des actes qu’ils accomplissent à l’extérieur du territoire de la puissance souveraine qui a édicté la loi en question. Il s’agit d’une règle fondée sur le droit international en vertu de laquelle chaque puissance souveraine est tenue de respecter les sujets et les droits des autres puissances souveraines à l’extérieur de son propre territoire.

Un souci analogue à l’égard de la courtoisie internationale — ou respect mutuel — est depuis longtemps intégré à la structure fédérale des États-Unis comme en témoigne l’arrêt *Pennoyer c. Neff*, 95 U.S. 714 (1877), p. 722 :

[TRADUCTION] [A]ucun État ne peut exercer directement quelque compétence et autorité sur les personnes ou les biens à l’extérieur de son territoire. [. . .] Les divers États jouissent d’une dignité et d’une autorité équivalentes, et l’indépendance d’un de ces États implique exclusion du pouvoir de tous les autres.

Ces vieux énoncés expriment une conception très physique de la limitation territoriale, toujours présente en 1913 dans l’arrêt *Royal Bank of Canada, précité*, où notre Cour a invalidé une loi de l’Alberta qui prévoyait que des sommes recueillies pour un projet ferroviaire qui avait avorté seraient versées dans les coffres du gouvernement provincial au lieu d’être remboursées aux prêteurs, dont la plupart résidaient au Royaume-Uni. Le vicomte Haldane, lord chancelier, a considéré notable le fait qu’[TRADUCTION] « [a]ucune somme n’avait été envoyée en espèces à la succursale » en Alberta (p. 294). Il a conclu que les obligataires pouvaient se faire payer leur créance au siège social de la banque à Montréal. Par conséquent, le droit des créanciers obligataires étrangers de recouvrer leur argent

[TRADUCTION] était un droit civil qui avait pris naissance en dehors de la province et dont on pouvait encore demander le respect à l’extérieur de celle-ci. Pour cette raison, la loi excédait les pouvoirs de l’assemblée législative albertaine, dans la mesure où les dispositions qu’on entendait édicter ne se limitaient pas à la propriété et aux droits civils dans la province, et ne se rapportaient pas uniquement aux questions de nature purement locale ou privée dans la province. [p. 298]

Voir également *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137, p. 141; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S.

61

62

477, at p. 521; *Credit Foncier Franco-Canadien v. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365 (Alta. S.C.A.D.); and *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796 (C.A.).

2. *What Constitutes a "Sufficient Connection" Depends on the Relationship Among the Enacting Jurisdiction, the Subject Matter of the Law, and the Persons Sought To Be Regulated By It.*

63

Later formulations of the extraterritoriality rule put the focus less on the idea of actual physical presence and more on the relationships among the enacting territory, the subject matter of the law, and the person sought to be subjected to its regulation. The potential application of provincial law to relationships with out-of-province defendants became more nuanced. The evolution of the rule was perhaps inevitable given the reality, as La Forest J. commented in *Morguard*, that modern states "cannot live in splendid isolation" (p. 1095). The focus on the relationship, as something that did not necessarily require actual physical presence within the jurisdiction, was identified by Dixon J., speaking for the High Court of Australia in *Broken Hill South Ltd. v. Commissioner of Taxation (N.S.W.)* (1936-1937), 56 C.L.R. 337, at p. 375, who said it was

also within the competence of the [state] legislature to base the imposition of liability on no more than the relation of the person to the territory. The relation may consist in presence within the territory, residence, domicile, carrying on business there, or even remoter connections.

64

Viewed in this way, the problem in *Royal Bank of Canada, supra*, was not physical presence as such but that there was insufficient *connection* between the province of Alberta, on the one hand, and the out-of-province bondholders and their money on deposit with the bank's head office in Quebec, on the other hand, to justify the regulation of the debt by Alberta.

477, p. 521; *Credit Foncier Franco-Canadien c. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365 (C.S. Alb., div. app.); et *Beauharnois Light, Heat and Power Co. c. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796 (C.A.).

2. *L'existence d'un « lien suffisant » dépend du rapport qui existe entre le ressort ayant légiféré, l'objet du texte de loi en cause et les personnes qu'on entend assujettir à celui-ci.*

Dans des énoncés ultérieurs de la règle de l'extraterritorialité, on a moins insisté sur la notion de présence physique proprement dite, s'attachant davantage au lien entre le territoire ayant légiféré, l'objet du texte de loi en cause et la personne qu'on entendait assujettir à celui-ci. L'application potentielle des lois d'une province aux rapports mettant en cause des défendeurs se trouvant à l'extérieur de celle-ci est devenue une question plus nuancée. L'évolution de la règle était peut-être inévitable compte tenu du fait que, comme l'a souligné le juge La Forest dans l'arrêt *Morguard*, les États modernes « ne peuvent [. . .] pas vivre dans l'isolement le plus complet » (p. 1095). Cette insistance sur l'existence d'un lien ne requérant pas nécessairement une présence physique proprement dite dans le ressort a été énoncée par le juge Dixon, qui s'exprimait au nom de la Haute Cour d'Australie, dans l'arrêt *Broken Hill South Ltd. c. Commissioner of Taxation (N.S.W.)* (1936-1937), 56 C.L.R. 337, p. 375 :

[TRADUCTION] . . . l'assemblée législative [d'un État] a également le pouvoir de fonder la responsabilité unique-ment sur le lien qu'a une personne avec le territoire. Ce lien peut être la présence dans le territoire, la résidence, le domicile, l'exercice d'activités commerciales à cet endroit ou même un rapport plus tenu.

Considéré sous cet angle, le problème dans l'affaire *Royal Bank of Canada*, précitée, n'était pas la présence physique comme telle, mais le fait qu'il existait, entre la province d'Alberta, d'une part, et les créanciers obligataires de l'extérieur de la province et leur argent déposé au siège social de la banque dans la province de Québec, d'autre part, un *lien* insuffisant pour justifier la réglementation de ces sommes par l'Alberta.

It appears from the case law that different degrees of connection to the enacting province may be required according to the subject matter of the dispute. *Broken Hill* was a tax case. In divorce matters, mere residence of the parties in the jurisdiction was regarded, at common law, as an *insufficient* "relationship". Actual domicile was required, e.g., *Kalenczuk v. Kalenczuk* (1920), 52 D.L.R. 406 (Sask. C.A.). In another context, "[m]erely going through the air space over Manitoba" was an insufficient "relation" or connection with the province to support imposition of a provincial tax "within the Province": *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303, at p. 316, *per* Laskin C.J. Yet in a products liability case, the presence of the defendant manufacturer in the jurisdiction is considered unnecessary. The relationship created by the knowing dispatch of goods into the enacting jurisdiction in the reasonable expectation that they will be used there is regarded as sufficient: *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, at p. 409. In yet another context, in *R. v. Thomas Equipment Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 529, the "relation" requirement was satisfied for regulatory purposes where the accused, a non-resident, not only sold its products (which were *not* defective) in the enacting jurisdiction, but had hired a local agent to promote their sale. In each case, the court assessed the relationship between the enacting jurisdiction and the out-of-province individual or entity sought to be regulated by it in light of the subject matter of the legislation to determine if the relation was "sufficient" to support the validity or applicability of the legislation in question.

In *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468 (P.C.), Ontario legislation that reduced the rate of interest on out-of-province bondholders was upheld. Purchasers, wherever situated, of Ontario municipal bonds had created a relationship between themselves and Ontario which was sufficient to ground

65

Il ressort de la jurisprudence que différents degrés de rattachement à la province ayant légiféré peuvent être requis selon l'objet du différend. L'arrêt *Broken Hill* était une affaire fiscale. En matière de divorce, le simple fait pour les parties d'avoir une résidence dans un ressort était considéré, en common law, comme un « lien » *insuffisant*. On exigeait qu'elles y aient leur domicile réel : voir, par exemple, *Kalenczuk c. Kalenczuk* (1920), 52 D.L.R. 406 (C.A. Sask.). Dans un autre contexte, « [l]e seul fait de traverser l'espace aérien au-dessus du Manitoba » ne constituait pas un « lien » suffisant avec la province pour justifier l'imposition d'une taxe provinciale « dans les limites de la Province » : *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303, p. 316, le juge en chef Laskin. Pourtant, dans les affaires de responsabilité du fabricant, la présence du fabricant défendeur dans le ressort n'est pas considérée nécessaire. Est considéré comme suffisant le lien que constitue le fait pour l'intéressé d'expédier sciemment des marchandises dans le ressort ayant légiféré tout en s'attendant raisonnablement qu'on les y utilisera : *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, p. 409. Dans un autre contexte, celui de l'affaire *R. c. Thomas Equipment Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 529, l'exigence requérant l'existence d'un « lien » aux fins d'assujettissement au régime de réglementation a été satisfaite lorsque l'entreprise accusée, qui résidait dans une autre province, a non seulement vendu ses produits (lesquels *n'étaient pas* défectueux) dans le ressort ayant légiféré, mais a également embauché un représentant local pour les y promouvoir. Dans chacun de ces arrêts, la Cour a évalué, à la lumière de l'objet du texte de loi en cause, le lien entre le ressort ayant légiféré et l'individu ou l'entité de l'extérieur de la province qu'on entendait réglementer afin de déterminer si le lien était « suffisant » pour étayer la validité ou l'applicabilité de la loi en question.

66

Dans l'affaire *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468 (C.P.), la validité d'une loi ontarienne réduisant le taux d'intérêt accordé aux créanciers obligataires de l'extérieur de la province, a été confirmée. Les acheteurs — où qu'ils se trouvaient — d'obligations municipales émises en Ontario avaient créé

jurisdiction in respect of the particular subject matter of the legislation. On the facts, *Ladore* is difficult to distinguish from *Royal Bank of Canada*. The different result can only be explained, from the perspective of the out-of-province parties, by an evolving sophistication in respect of the true scope of the territorial limitation. *Ladore* was expressly approved by this Court in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297.

entre eux et l'Ontario un lien suffisant pour asseoir la compétence du législateur relativement à l'objet précis de la loi. Au regard des faits, il est difficile de distinguer les affaires *Ladore* et *Royal Bank of Canada*. Pour ce qui est des parties de l'extérieur de la province, la différence de résultat ne peut s'expliquer que par le raffinement de la doctrine relativement à la portée réelle de la limitation territoriale de la compétence législative provinciale. Notre Cour a expressément approuvé l'arrêt *Ladore* dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.

67

A further complication arises when the issue is not the *validity* of provincial legislation, but its *applicability* to out-of-province entities. In this case, the appellant does not at all challenge the validity of the Ontario *Insurance Act* which on its face regulates an aspect of "Property and Civil Rights in the Province" (emphasis added) (*Constitution Act, 1867*, s. 92(13)). The appellant says only that the Ontario Act must be confined to its proper constitutional sphere, and its reach cannot validly be extended to an out-of-province insurer to govern the outcome of the present dispute.

La situation se complique davantage lorsque la question à trancher n'est pas la *validité* de la loi provinciale mais plutôt son *applicabilité* à certaines entités à l'extérieur de la province. En l'espèce, l'appelante ne conteste absolument pas la validité de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, qui à première vue régit un aspect visé par « la propriété et les droits civils dans la province » (je souligne) (*Loi constitutionnelle de 1867*, par 92(13)). L'appelante affirme seulement que la portée de la Loi ontarienne doit respecter les limites imposées par la Constitution et que son application ne peut valablement être élargie à un assureur de l'extérieur de la province et décider de l'issue du présent litige.

3. *The Applicability of an Otherwise Competent Provincial Legislation to Out-of-Province Defendants is Conditioned by the Requirements of Order and Fairness that Underlie Our Federal Arrangements.*

3. *L'applicabilité d'une loi provinciale par ailleurs valide à un défendeur de l'extérieur de la province concernée est fonction des exigences d'ordre et d'équité qui sous-tendent nos structures fédérales.*

68

The more flexible view of extraterritorial application evident in the later cases will, at least to some extent, increase the potential among the provinces for conflict. In *Hunt*, *supra*, an organizing principle of the federation was found in the requirements of order and fairness, described by the Court as "constitutional imperatives" (p. 324). Within the Canadian federation, comity requires adherence to "principles of order and fairness, principles that ensure security of transactions with justice" (*Morguard*, *supra*, at p. 1097). As La Forest J. explained in *Tolofson*, *supra*, at p. 1051:

L'interprétation plus souple de l'application extraterritoriale qui ressort clairement des arrêts plus récents accroîtra, dans une certaine mesure à tout le moins, le risque de conflit entre les provinces. Dans l'arrêt *Hunt*, précité, les exigences en matière d'ordre et d'équité ont été considérées comme un principe directeur de la fédération et qualifiées par notre Cour d'« impératifs constitutionnels » (p. 324). Au sein de la fédération canadienne, la courtoisie commande qu'on adhère aux « principes d'ordre et d'équité, des principes qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations » (*Morguard*, précité, p. 1097). Comme l'a expliqué le juge La Forest dans l'arrêt *Tolofson*, précité, p. 1051 :

Many activities within one state necessarily have impact in another, but a multiplicity of competing exercises of state power in respect of such activities must be avoided.

To similar effect is the concern expressed by La Forest J. in *Tolofson*, *supra*, at p. 1066:

... it is arguable that it is not constitutionally permissible for both the province where certain activities took place and the province of the residence of the parties to deal with civil liability arising out of the same activities. Assuming both provinces have legislative power in such circumstances, this would open the possibility of conflicting rules in respect of the same incident.

The issue in *Hunt* was whether a Quebec statute, which purported to prohibit the removal from Quebec of business records required by judicial process outside the province, excused compliance in a British Columbia court with documentary production. Noting (at p. 330) that this approach would effectively immunize the business concerns located in Quebec from ever having to produce documents sought for the purposes of litigation in other provinces, La Forest J. held that the Quebec "blocking statute" was "constitutionally inapplicable [in British Columbia] because it offends against the principles enunciated in *Morguard*" (p. 331).

Similarly, in my view, order in the federation would be undermined if every provincial jurisdiction took it upon itself to regulate aspects of the financial impact of the British Columbia car crash in relation to its own residents at the expense of the British Columbia insurer. The Brennans' accident, for example, might have occasioned a multi-vehicle pile-up on the Upper Levels highway. On the respondent's theory, each of the injured parties and their insurers could have imposed the varying insurance arrangements of their home jurisdictions on the appellant, ICBC. The problem is not at all fanciful. All it would take is a collision involving Mr. Singh's truck and one 58-passenger tourist bus filled with out-of-province skiers heading along the Upper Levels Highway towards Whistler. Such "competing exercises" of regulatory regimes "must

Bien des activités qui se déroulent à l'intérieur d'un État ont nécessairement une incidence dans un autre État, mais il faut éviter une multiplicité d'exercices concurrents du pouvoir étatique à leur égard.

Dans le même ordre d'idées, le juge La Forest a fait la remarque suivante, à la p. 1066 de l'arrêt *Tolofson*, précité :

On peut [. . .] prétendre qu'il n'est pas constitutionnellement permis que les deux provinces, celle où certaines activités ont eu lieu et celle dans laquelle résident les parties, connaissent de la responsabilité civile résultant des mêmes activités. À supposer que les deux provinces aient compétence législative en pareilles circonstances, il pourrait y avoir conflit de règles à l'égard du même incident.

Dans l'affaire *Hunt*, la question était de savoir si une loi québécoise, qui interdisait de transporter hors du Québec des documents commerciaux requis par voie judiciaire à l'extérieur de la province, permettait de refuser de produire de tels documents à un tribunal de la Colombie-Britannique. Soulignant que si la validité de cette loi était confirmée, les entreprises situées au Québec n'auraient jamais à produire des documents demandés pour les besoins de litiges dans d'autres provinces (p. 330), le juge La Forest a conclu que la « loi prohibitive » du Québec était « constitutionnellement inapplicable [en Colombie-Britannique] parce qu'elle [était] contraire aux principes énoncés dans l'arrêt *Morguard* » (p. 331).

De même, je suis d'avis que l'ordre qui règne dans la fédération serait perturbé si chaque province prenait sur elle de réglementer, en ce qui concerne ses propres résidents, certains aspects des répercussions financières de l'accident d'automobile survenu en Colombie-Britannique, et ce au détriment de l'assureur de cette province. Par exemple, l'accident dont les Brennans ont été victimes aurait pu provoquer un carambolage sur l'autoroute Upper Levels. Suivant la thèse de l'intimée, chacune des parties lésées et son assureur auraient pu imposer à l'appelante, ICBC, le régime d'assurance particulier du ressort où ils résident. Le problème est loin d'être théorique. Il aurait en effet suffi d'une collision entre le camion de M. Singh et un autobus de 58 places rempli de skieurs de l'extérieur de la province se rendant à Whistler sur l'autoroute Upper Levels.

69

70

71

be avoided". The cost of such regulatory uncertainties undermines economic efficiency.

72

Fairness to the out-of-province defendant is also an important factor in the federation. Here, if the respondent is correct, the appellant would be obliged to respond to insurance regimes in each province or state claiming some sort of insured interest in the financial fall-out from the British Columbia accident arising out of whatever financial obligations those other provincial or state legislatures have seen fit for whatever reason to impose on their own insurance companies.

73

Adoption of the principles of order and fairness as a mechanism to regulate extraterritoriality concerns differentiates Canada somewhat from Australia (where s. 2 of the Constitution specifically confers extraterritorial jurisdiction on the several states, which, in some circumstances, can include the off-shore: *Union Steamship Co. of Australia Proprietary Ltd. v. King* (1988), 166 C.L.R. 1 (Aust. H.C.), at p. 12) and the United States, where the jurisprudence is governed by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment and the Full Faith and Credit Clause of Article IV of the Constitution.

74

In *Broken Hill*, for example, Dixon J. went on to say, "If a connection exists, it is for the legislature to decide how far it should go in the exercise of its powers" (p. 375). We would say, after *Morguard, Hunt and Tolofson*, that, within our federal structure, it is not only the view of the enacting legislature that must be considered, but the collective interest of the federation as a whole in order and fairness. The same *caveat* should be placed at the door of the United States' "minimum contacts" doctrine, endorsed by its Supreme Court in *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945). In that country, as well, state laws are given generous application to disputes with limited connections to the enacting jurisdiction (see, e.g., *Allstate Insurance Co. v. Hague*,

« [I] faut éviter » de tels « exercices concurrents » d'établissement de régimes de réglementation. Ces incertitudes en matière de réglementation nuisent à l'efficacité économique.

L'équité envers les défendeurs de l'extérieur de la province est également un facteur important à considérer au sein de la fédération. En l'espèce, si l'intimée a raison, l'appelante serait tenue de se soumettre aux régimes d'assurance de chaque province ou État revendiquant quelque intérêt assuré à l'égard des répercussions économiques de l'accident en Colombie-Britannique, par suite d'obligations financières que les législateurs de ces ressorts auraient jugé bon, pour une raison ou une autre, d'imposer à leurs propres sociétés d'assurance.

L'adoption des principes d'ordre et d'équité, comme mécanisme servant à régir les problèmes d'extraterritorialité, différencie dans une certaine mesure le Canada de l'Australie (où l'art. 2 de la Constitution de ce pays confère expressément aux États une compétence extraterritoriale qui peut, dans certaines circonstances, s'étendre à la région extracôtière : *Union Steamship Co. of Australia Proprietary Ltd. c. King* (1988), 166 C.L.R. 1 (H.C. Aust.), p. 12) et des États-Unis, où la jurisprudence est influencée par la clause d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement et la clause de reconnaissance totale prévue à l'article IV de la Constitution.

Dans l'arrêt *Broken Hill*, par exemple, le juge Dixon a ajouté ceci : [TRADUCTION] « S'il existe un lien, il appartient à l'assemblée législative de décider jusqu'où elle entend aller dans l'exercice de ses pouvoirs » (p. 375). Depuis les arrêts *Morguard, Hunt et Tolofson*, on peut affirmer que, dans notre structure fédérale, il ne faut pas considérer uniquement le point de vue du ressort ayant légiféré, mais aussi les intérêts collectifs de l'ensemble de la fédération en matière d'ordre et d'équité. La même réserve doit également ressortir la doctrine américaine des [TRADUCTION] « liens minimaux », à laquelle a souscrit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *International Shoe Co. c. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Dans ce pays également, on applique largement les lois

449 U.S. 302 (1981)) to the point where Professor Laurence Tribe has commented:

There is much to be said for the view that the current state of the Supreme Court's personal jurisdiction and choice-of-law doctrines is precisely backwards. It is easy for a state to apply its law (which is by definition outcome-determinative) to a case, but relatively difficult for it to obtain jurisdiction over a dispute, even though jurisdiction is never directly outcome-determinative. Jurisdictional issues are unpredictable and endlessly litigated; choice-of-law matters are largely unregulated.

(L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (3rd ed. 2000), vol. 1, at p. 1292)

Cases dealing with extraterritorial application from the courts of Australia and the United States should therefore be read with an eye to the differences in our constitutional arrangements.

Returning to the Canadian jurisprudence, a striking illustration of the applicable principles of extraterritoriality is found in *Thomas Equipment, supra*. In that case, a New Brunswick manufacturer of farm machinery (Thomas Equipment), which had contracted with an Alberta dealer to sell and promote its machinery in Alberta, was held to have committed an offence under the *Alberta Farm Implement Act*, R.S.A. 1970, c. 136. That statute, which regulated aspects of the farm equipment business in Alberta, provided that, on termination of a dealership, the supplier was required to repurchase unsold equipment and parts. There was no such obligation written into the dealership contract, which was expressly stated to be governed by the law of New Brunswick. The manufactured goods were not defective. Thomas Equipment refused to make the repurchase and was prosecuted in Alberta under *The Farm Implement Act* for this refusal. A majority of this Court, *per* Martland J.,

des États à des différends qui présentent des liens limités avec le ressort ayant légiféré (voir, par exemple, *Allstate Insurance Co. c. Hague*, 449 U.S. 302 (1981)), et ce à un point tel que la situation a amené le professeur Laurence Tribe à faire les commentaires suivants:

[TRADUCTION] Ne manque pas de pertinence l'opinion selon laquelle les positions de la Cour Suprême sur la compétence à l'égard de la personne et sur le conflit de lois sont précisément à l'effet contraire. Il est facile pour un État d'appliquer ses lois (qui, par définition, ont pour effet de décider du résultat) à une affaire, mais il lui est relativement difficile d'obtenir compétence sur un différend, même si le fait d'avoir compétence ne décide jamais directement de l'issue de l'affaire. Les questions de compétence font l'objet de débats interminables et leur issue est imprévisible; les questions de conflit de lois ne sont, dans une large mesure, pas encadrées.

(L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (3^e éd. 2000), vol. 1, p. 1292)

La jurisprudence américaine et australienne sur l'application extraterritoriale des lois doit par conséquent être examinée en tenant compte des différences qui caractérisent nos arrangements constitutionnels et ceux de ces pays.

Si l'on revient à la jurisprudence canadienne, l'arrêt *Thomas Equipment*, précité, constitue un exemple frappant des principes d'extraterritorialité applicables. Dans cette affaire, on a statué qu'un fabricant néo-brunswickois de matériel agricole (Thomas Equipment), qui avait conclu avec un commerçant albertain un contrat de vente et promotion de son matériel en Alberta, avait commis une infraction à la loi de l'Alberta intitulée *The Farm Implement Act*, R.S.A. 1970, ch. 136. Cette loi, qui régissait les divers aspects du secteur du matériel agricole en Alberta, précisait qu'en cas de résiliation d'un tel contrat le fournisseur devait racheter le matériel et les pièces non vendus. Le contrat de concession ne comportait aucune obligation du genre et stipulait expressément qu'il était régi par les lois du Nouveau-Brunswick. Les produits manufacturés n'étaient pas défectueux. La société Thomas Equipment a refusé de racheter le matériel et a été poursuivie sur ce fondement en Alberta en vertu

75

76

approved, at p. 544, a *dictum* from one of the Alberta judges:

If a manufacturer wants to have his farm implements sold here he must comply with the rules of the game, as it were, established by the legislature of Alberta. One of these rules clearly covers the manufacturer's responsibility when his agreement with a dealer is terminated.

77 Martland J. considered it important that Thomas Equipment had done more than make a "simple contract for the sale of goods" (p. 542) for resale in Alberta. It had hired a local dealer to promote its products and goodwill within the province. Its "relationship" with Alberta was more than just that of an out-of-province vendor. In that sense, Thomas Equipment had itself (in addition to its machinery) entered the Alberta marketplace.

78 Even so, Martland J. was careful to point out, at p. 545, that no constitutional question had been raised by the accused, Thomas Equipment. The majority decision was therefore based solely and expressly on "the proper construction of the [Alberta] statute in respect of the facts of the case".

79 Laskin C.J., dissenting, squarely addressed the constitutional issue. He stated that the prosecution was "to me an attempt to give Alberta law an extra-provincial application" (p. 533). He referred in particular to *Gray, supra*, where Ontario law was held incompetent to direct a New York insurer to pay the benefits of an annuity, after the annuitant's death, to his lawful widow (pursuant to Ontario law) instead of to his former common law wife (as required by New York law). As Laskin C.J. explained, "Ontario could not change the terms of the [New York annuity] contract because it would be purporting to deal with civil rights outside the province" (p. 535). Similarly, in *Thomas Equipment* itself, the relationship between the New Brunswick manufacturer and the province of Alberta did not, in the view of Laskin C.J., properly expose Thomas Equipment to

de la loi albertaine susmentionnée. S'exprimant au nom de la majorité des juges de notre Cour, le juge Martland a souscrit, à la p. 544, à la remarque incidente suivante, formulée par un des juges albertains :

[TRADUCTION] Si un fabricant veut vendre son matériel agricole ici, il doit respecter les règles du jeu, telles qu'établies par la législature de l'Alberta. Une de ces règles porte précisément sur la responsabilité d'un fabricant lorsque son contrat avec le commerçant prend fin.

Le juge Martland a considéré important le fait que la société Thomas Equipment avait conclu plus qu'un « simple contrat de vente de marchandises » (p. 542) destinées à être revendues en Alberta. L'entreprise avait engagé un commerçant de l'Alberta pour promouvoir ses produits et créer un achalandage dans cette province. Son « lien » avec l'Alberta n'était pas uniquement à titre de vendeur de l'extérieur de la province. En ce sens, la société Thomas Equipment elle-même (en plus de son matériel) avait accédé au marché albertain.

Malgré cela, le juge Martland a pris soin de souligner, à la p. 545, que l'entreprise accusée, Thomas Equipment, n'avait soulevé aucune question d'ordre constitutionnel. La décision majoritaire était donc uniquement et expressément fondée sur « l'interprétation exacte de la loi [albertaine] par rapport aux faits ».

Dans une opinion dissidente, le juge en chef Laskin a examiné directement la question constitutionnelle, disant ceci, au sujet de la poursuite : « [à] mon avis, [. . .] [elle] revient à donner une portée extra-territoriale à la loi albertaine » (p. 533). Il s'est référé en particulier à l'arrêt *Gray*, précité, dans lequel il a été jugé qu'une loi ontarienne ne pouvait, après le décès du rentier, obliger un assureur de l'État de New York à verser une rente viagère à sa conjointe légitime (en vertu des lois ontariennes) plutôt qu'à son ancienne conjointe de fait (comme l'exigeaient les lois de l'État de New York). Comme l'a expliqué le juge en chef Laskin, « l'Ontario ne pouvait modifier les termes du contrat [de rente conclu à New York] parce qu'elle porterait alors atteinte à des droits civils à l'extérieur de la province » (p. 535). De façon similaire, dans l'arrêt *Thomas Equipment*

Alberta's regulatory regime. Although he did not, of course, apply the *Morguard* analysis as such, Laskin C.J. clearly considered Alberta's assertion of jurisdiction to be disruptive of good order among the provinces, and unfair to the New Brunswick manufacturer having regard to the choice of law provision in its dealer contract.

4. *The Principles of "Order and Fairness", Being Purposive, Are Applied Flexibly.*

The required strength of the relationship varies with the type of jurisdiction being asserted. A relationship that is inadequate to support the application of regulatory legislation may nevertheless provide a sufficient "real and substantial connection" to permit the courts of the forum to take jurisdiction over a dispute. This happens regularly. The courts, having taken jurisdiction, then apply the law of the other province applying rules of conflict resolution governing choice of law issues. Thus, in *Tolofson* itself, there was a sufficient relationship between British Columbia and the parties for the British Columbia courts to hear the case, but it was determined that Saskatchewan law should apply to determine the outcome of the dispute.

It would be unwise in this case to embark on a general discussion of "order and fairness". The question before us is quite specific: Does the respondent have a statutory cause of action against the appellant given the constitutional limitations on the reach of the Ontario *Insurance Act*?

5. *Application of These Principles to the Facts of This Case*

The respondent, Unifund, points to the fact that the payments for which reimbursement is claimed were paid in Ontario by an Ontario insurer to an

lui-même, le juge en chef Laskin était d'avis que le lien entre le fabricant néo-brunswickois et la province d'Alberta n'avait pas pour effet de soumettre adéquatement la société Thomas Equipment au régime de réglementation de l'Alberta. Bien qu'il n'ait évidemment pas appliqué l'analyse de l'arrêt *Morguard* comme telle, le juge en chef Laskin estimait manifestement que la compétence dont se réclamait l'Alberta perturbait l'ordre établi entre les provinces et créait une injustice envers le fabricant néo-brunswickois, compte tenu du choix de la loi applicable stipulé dans le contrat de concession.

4. *Comme ils visent une finalité, les principes d'ordre et d'équité sont appliqués d'une manière souple.*

Le lien requis doit présenter un caractère plus ou moins étroit selon la sorte de compétence invoquée. Un lien insuffisant pour soutenir l'application d'une loi de nature réglementaire peut néanmoins constituer un « lien réel et substantiel » permettant aux tribunaux de la province de se déclarer compétents dans un litige donné. Cela se produit régulièrement. S'étant d'abord déclarés compétents, les tribunaux appliquent ensuite le droit de l'autre province en recourant aux principes de règlement des différends régissant les problèmes de conflit de lois. Ainsi, dans l'affaire *Tolofson*, il existait un lien suffisant entre la Colombie-Britannique et les parties pour que les tribunaux de cette province puissent connaître de l'affaire, mais il a été jugé que le droit de la Saskatchewan devait s'appliquer pour déterminer l'issue du litige.

Il ne serait pas sage de se lancer dans une analyse générale des notions d'« ordre et d'équité ». La question à laquelle nous devons répondre est très précise : l'intimée dispose-t-elle d'une cause d'action prévue par la loi contre l'appelante, compte tenu des limites d'ordre constitutionnel restreignant la portée de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario?

5. *Application de ces principes aux faits de l'espèce*

L'intimée, Unifund, insiste sur le fait que les paiements dont on demande le remboursement ont été faits en Ontario, par un assureur ontarien, à un

80

81

82

Ontario resident. This is true, but it leaves out of consideration the relationship between Ontario and the party sought to be made to pay, the out-of-province appellant. Not only is the appellant not authorized to sell insurance in Ontario, it does not in fact do so. Its insured vehicles in this case did not venture into Ontario. The accident did not take place in Ontario, and the appellant did not benefit from the \$750,000 deduction by virtue of Ontario law but by the law of British Columbia.

83

The most that can be said for the respondent in this case is that the fact of a motor vehicle accident in British Columbia triggered certain payments in Ontario under Ontario law. However, the fact the Ontario legislature has chosen to attach legal consequences in Ontario to an event (the motor vehicle accident) taking place elsewhere does not extend its legislative reach to a resident of "elsewhere". It can also be said that these payments in Ontario, in turn, triggered a deduction of an equivalent amount under the laws of British Columbia. Again, however, the decision of the British Columbia legislature to attach legal consequences (the deduction) in that province to an event that occurred in Ontario (the SAB payments) does not bring the appellant (beneficiary under the British Columbia legislation) into the orbit of the Ontario legislature for the purpose of taking away the British Columbia benefit in favour of an Ontario insurance company.

84

Here, unlike *Thomas Equipment, supra*, the appellant had not hired anyone in Ontario to promote its products. It was not in the Ontario marketplace and, in my view, it was not required to "comply with the rules of the [Ontario] game". The decision of the Ontario legislature to impose no-fault benefits on Unifund could not be bootstrapped into legislative jurisdiction to impose a corresponding debt on the appellant, which (leaving aside the

résident de l'Ontario. Tout cela est exact, mais fait abstraction du lien qui existe entre l'Ontario et la partie visée par la demande de paiement, en l'occurrence l'appelante de l'extérieur de la province. Non seulement cette dernière n'est-elle pas autorisée à vendre de l'assurance en Ontario, mais, dans les faits, elle n'en vend pas. Aucun des véhicules assurés par l'appelante en l'espèce ne s'est rendu en Ontario. L'accident n'a pas eu lieu dans cette province et l'appelante a pu bénéficier de la déduction de 750 000 \$ en vertu non pas des lois de l'Ontario mais de celles de la Colombie-Britannique.

Le seul élément qui peut être invoqué en faveur de l'intimée, en l'espèce, est le fait qu'un accident d'automobile survenu en Colombie-Britannique a donné lieu au paiement de certaines sommes en Ontario, sous le régime des lois de cette province. Toutefois, la décision du législateur ontarien d'assortir de conséquences juridiques en Ontario un fait (l'accident d'automobile) survenant ailleurs que dans cette province n'a pas pour effet d'étendre l'application de cette mesure législative aux résidents « de l'extérieur de la province ». Il est également possible d'affirmer que les paiements effectués en Ontario ont, à leur tour, entraîné la déduction d'une somme équivalente en vertu des lois de la Colombie-Britannique. Ici aussi, cependant, la décision du législateur de la Colombie-Britannique d'assortir de conséquences juridiques (la déduction), dans sa province, un événement survenu en Ontario (le versement des IAL) n'a pas pour effet d'assujettir l'appelante (bénéficiaire sous le régime des lois de la Colombie-Britannique) à la compétence du législateur ontarien et de retirer à cette dernière, au profit d'une société d'assurance ontarienne, l'avantage que lui accorde la Colombie-Britannique.

En l'espèce, contrairement à la situation dans l'affaire *Thomas Equipment, précitée*, l'appelante n'a engagé personne en Ontario pour promouvoir ses produits. Elle n'était pas un acteur sur le marché ontarien et, à mon avis, elle n'était pas tenue de « respecter les règles du jeu [ontariennes] ». On ne peut invoquer la décision du législateur de l'Ontario d'imposer à Unifund le paiement d'indemnités sans égard à la faute pour fonder quelque pouvoir

PAU argument) was beyond the territorial jurisdiction of the province.

More recently, in *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, the Court upheld a legislative scheme that permitted the British Columbia securities regulator to exchange information with out-of-province securities regulators. The decision was based squarely on the proposition that statutory authorization of voluntary cooperation with foreign securities regulators “does not attempt to extend the reach of provincial legislation outside its borders” (para. 38). That decision is of no help to the respondent.

There are two other matters urged by the respondent that require brief comment.

Firstly, Unifund contends that in deducting a no-fault benefit from the court award to the Brennans, the appellant obtained the benefit of the Ontario legislation. Arguing that the appellant, ICBC, cannot be permitted to accept the benefit while avoiding the burden of the Ontario legislation, the respondent puts its position as follows (at para. 12 of its factum):

By claiming the deduction under section 25 of the BC *Act* in the litigation with the Brennans, ICBC sought and obtained the benefit of the Ontario legislation. In its argument in this litigation, ICBC is seeking to avoid the burden of the Ontario legislation, and to thereby obtain a massive windfall.

I do not think this analysis is correct. Private insurance is normally a collateral benefit that is not ordinarily deductible by a defendant from the damages it must pay a successful plaintiff: see *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at pp. 945 and 974; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359. The Brennans had paid for their Unifund policy, including the SABs, and would not ordinarily be deprived

législatif permettant d'imposer une obligation correspondante à l'appelante, qui (indépendamment de l'argument relatif au formulaire P&E) échappait à la compétence territoriale du législateur ontarien.

Plus récemment, dans l'arrêt *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, notre Cour a confirmé la validité d'un régime législatif autorisant les organismes de réglementation du marché des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique et d'ailleurs de s'échanger des renseignements. La décision était clairement fondée sur la thèse selon laquelle la coopération volontaire, prévue par la loi, entre organismes étrangers de réglementation du marché des valeurs mobilières « ne tente pas d'étendre la portée de la mesure législative provinciale au-delà des frontières de la province » (par. 38). Cette décision n'est d'aucun secours à l'intimée.

L'intimée a soulevé deux autres arguments qui nécessitent de brefs commentaires.

Premièrement, Unifund prétend que, en déduisant l'indemnité sans égard à la faute de la somme que le tribunal a accordée aux Brennan, l'appelante s'est trouvée à profiter de cet avantage offert par les lois ontariennes. L'intimée plaide qu'on ne saurait permettre à ICBC de recevoir cet avantage tout en évitant les obligations de la Loi ontarienne. Voici comment l'intimée a exposé cet argument (au par. 12 de son mémoire) :

[TRADUCTION] En réclamant la déduction prévue à l'article 25 de la *Loi* de la C.-B. dans le cadre du litige qui l'oppose aux Brennan, ICBC a demandé et obtenu l'avantage accordé par la Loi ontarienne. Par l'argument qu'elle expose en l'espèce, ICBC tente d'éviter les obligations de la Loi ontarienne et en même temps d'obtenir une rentrée d'argent exceptionnelle.

Je ne crois pas que cette analyse soit juste. L'assurance privée est normalement une prestation parallèle que le défendeur ne peut généralement pas déduire des dommages-intérêts qu'il est condamné à payer au demandeur : voir les arrêts *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 945 et 974, et *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359. Les Brennan ont payé les sommes prévues à l'égard de

85

86

87

88

of the benefit for which they contracted. The deductibility benefit to the appellant was not conferred by the Ontario Act but by s. 25 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act*.

89 Secondly, Unifund points out that on other occasions, the appellant has itself applied (successfully) for an order that it is entitled under s. 268(2) of the Ontario Act to claim indemnity from an Ontario insurer under s. 275: *Insurance Corp. of British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1999] I.L.R. ¶I-3705 (C.A.). That, however, was a case of a motor vehicle accident in Ontario where Ontario law applied.

90 It is true that the appellant has participated in litigation in Ontario from time to time, and on some occasions has “benefited” from the Ontario Act. However, the appellant’s sporadic entries into Ontario were the result of motor vehicle accidents in Ontario involving motor vehicle policies issued in British Columbia, and were case-specific. Nothing in the appellant’s activities in those cases gave rise to the obligation sought to be imposed in this case.

91 I therefore conclude that under ordinary constitutional principles, the Ontario Act is inapplicable to the out-of-province appellant in this case. I turn, then, to the second string of the respondent’s bow, the appellant’s alleged “attornment” to Ontario law under the terms of the PAU.

(b) Under the Power of Attorney and Undertaking

92 The PAU system is an interprovincial (and interstate) web of interlocking arrangements for substitutional service and undertakings designed to ensure that travelling motorists are financially responsible for their actions in other provinces and participating

la police émise par Unifund, y compris à l’égard des IAL, et ne seraient normalement pas privés du bénéfice que leur assurait le contrat. Ce n’est pas la Loi ontarienne qui a conféré le bénéfice de déductibilité à l’appelante, mais l’art. 25 de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Insurance (Motor Vehicle) Act*.

Deuxièmement, Unifund souligne que, à d’autres occasions, l’appelante a elle-même demandé (et obtenu) une ordonnance reconnaissant que le par. 268(2) de la Loi ontarienne lui donne le droit de réclamer une indemnité d’un assureur de l’Ontario en vertu de l’art. 275 : *Insurance Corp. of British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada*, [1999] I.L.R. ¶I-3705 (C.A.). Il s’agissait toutefois, dans cette affaire, d’un accident d’automobile survenu en Ontario et auquel les lois ontariennes s’appliquaient.

Il est vrai que l’appelante a été partie à des litiges en Ontario et qu’elle a, à l’occasion, « profité » de la Loi ontarienne. Cependant, ces incursions sporadiques de l’appelante en Ontario découlaient d’accidents d’automobile survenus dans cette province et couverts par des polices d’assurance automobile émises en Colombie-Britannique, et chaque cas constituait un cas d’espèce. Rien dans les activités de l’appelante dans ces affaires n’a fait naître l’obligation qu’on cherche à lui imposer dans le présent pourvoi.

Par conséquent, j’arrive à la conclusion que, suivant les principes ordinaires du droit constitutionnel, la Loi ontarienne est inapplicable en l’espèce à l’appelante de l’extérieur de la province. Je vais maintenant examiner le deuxième volet de l’argumentation de l’intimée, le prétendu « acquiescement » de l’appelante aux lois ontariennes par l’effet des modalités mêmes du formulaire P&E.

(b) Le moyen fondé sur le formulaire P&E

Le formulaire P&E est un mécanisme constitué d’un ensemble d’arrangements entre provinces (et États) comportant des mesures de signification indirecte et des engagements qui permettent de faire en sorte que les automobilistes assument

states, by confirming that their insurers will respond to claims in respect of an accident which occurs outside of the insured's home jurisdiction. It tracks the ordinary law. An out-of-province motorist can be required to defend an action in the jurisdiction where the accident occurred, and an insurer is contractually bound to the defendant to provide a defence in that place, whether there is a PAU in place or not.

Under the terms of the PAU, which the appellant executed on September 22, 1988, the appellant agreed to appoint the Superintendent of Insurance in other provinces to accept service on its behalf "with respect to an action or proceeding against it or its insured . . . arising out of a motor-vehicle accident in any of the respective Provinces or Territories" (emphasis added).

The PAU in this case does not extend to all provinces and territories. I interpret the phrase "respective Provinces or Territories" to be those thereafter listed, namely provinces and territories other than British Columbia, whose name was crossed out on the standard form.

The appointment is followed by three undertakings:

firstly, the signatory undertakes "[t]o appear in any action or proceeding against it or its insured in any Province or Territory in which such action has been instituted and of which it has knowledge";

secondly, to "forthwith cause the notice or process to be personally served upon the insured"; and,

thirdly, not to set up any defence "under a motor-vehicle liability insurance contract entered into by it, which might not be set up if the contract had been entered into in, and in accordance with, the laws relating to motor vehicle liability insurance contracts or plan of automobile insurance of the Province or Territory of Canada in which such action or proceeding may be instituted".

la responsabilité financière de leurs actes dans les autres provinces et États participants, en confirmant que les assureurs donneront suite aux réclamations présentées à l'égard des accidents survenus à l'extérieur du ressort d'origine des assurés. Ces mesures correspondent aux règles de droit ordinaires en la matière. Un automobiliste d'une autre province peut avoir à se défendre contre une action intentée dans la province où l'accident a eu lieu, et son assureur est contractuellement tenu de représenter le défendeur à cet endroit, peu importe si le formulaire P&E s'applique ou non.

Aux termes du formulaire P&E qu'elle a signé le 22 septembre 1988, l'appelante a convenu de charger le surintendant des assurances des autres provinces de recevoir en son nom signification des [TRADUCTION] « actions ou autres procédures intentées contre elle ou contre son assuré [. . .] par suite d'un accident d'automobile survenu dans quelque province ou territoire concerné » (je souligne).

En l'espèce, le formulaire P&E ne s'applique pas à l'ensemble des provinces et territoires. À mon avis, l'expression [TRADUCTION] « province ou territoire concerné » s'entend des ressorts y énumérés, à savoir les provinces et territoires autres que la Colombie-Britannique, province dont le nom a été biffé sur le formulaire type.

La désignation est suivie des trois engagements suivants pris par les signataires :

premièrement, [TRADUCTION] « [. . .] comparaître à toute action ou autre procédure qui est intentée contre elle ou contre son assuré dans quelque province ou territoire et dont elle a connaissance »;

deuxièmement, [TRADUCTION] « faire immédiatement signifier à l'assuré cet avis ou acte de procédure »;

troisièmement, n'invoquer aucun moyen de défense [TRADUCTION] « fondé sur le contrat d'assurance-responsabilité automobile qu'elle a conclu et qui ne pourrait être invoqué si ce contrat était intervenu dans la province ou le territoire canadien où cette action ou autre procédure est intentée et avait été conclu conformément aux lois y régissant les contrats d'assurance-responsabilité automobile ou le régime d'assurance automobile ».

93

94

95

96 It is my view that the PAU has no application to the facts of this case.

97 Moreover, even if the PAU could be interpreted to require the appellant's appearance to defend the claim in Ontario, I do not think the appellant would be precluded by the PAU in general or its third undertaking in particular from contesting the application of the Ontario *Insurance Act* to impose a civil obligation on an out-of-province insurer in respect of an out-of-province motor vehicle accident. Such a defence does not arise under its "motor vehicle liability insurance contract".

98 In *MacDonald v. Proctor* (1977), 86 D.L.R. (3d) 455 (Ont. C.A.), a Manitoba driver was involved in an accident in Ontario. An Ontario action ensued, in which the Manitoba insurer, pursuant to the terms of a PAU, appeared. Under Manitoba law, the Manitoba insurer was obliged to pay statutory benefits. The Ontario tortfeasor attempted to deduct the SABs from the Ontario award of damages as allowed by the Ontario Act, but the deduction was disallowed. In the Ontario Court of Appeal, Zuber J.A. observed that the issue in dispute there (as here) was "the applicability of the Ontario *Insurance Act*" (p. 456). In his view, notwithstanding the PAU, the deductibility provisions of the Ontario Act did not apply. He noted that, where the insurers wished to incorporate Ontario statutory provisions in the PAU (as in the case of policy limits), they did so expressly (at pp. 457-58):

I am unable to read the undertaking as an agreement to incorporate into extraprovincial policies all those items that the *Ontario Insurance Act* obliges an Ontario policy to include. . . .

Although we have not been provided with the details of the Manitoba policy, it appears that it must contain

J'estime que le formulaire P&E ne s'applique pas aux faits de l'espèce.

En outre, même s'il était possible de considérer que le formulaire P&E oblige l'appelante à comparaître, en défense, à l'action intentée en Ontario, je ne crois pas que ce document en général, ou son troisième engagement en particulier, empêche l'appelante de contester la prétention selon laquelle la *Loi sur les assurances* de l'Ontario s'applique et a pour effet d'imposer à un assureur d'une autre province une obligation civile à l'égard d'un accident d'automobile survenu dans une autre province. Un tel moyen de défense n'est pas fondé sur le « contrat d'assurance-responsabilité automobile » de l'appelante.

Dans l'affaire *MacDonald c. Proctor* (1977), 86 D.L.R. (3d) 455 (C.A. Ont.), un automobiliste manitobain a eu un accident en Ontario. Par la suite, on a introduit en Ontario une action à laquelle l'assureur manitobain a comparu conformément aux modalités du formulaire P&E. En vertu du droit manitobain, l'assureur du Manitoba avait l'obligation de verser des indemnités prévues par la loi. L'auteur du délit civil en Ontario a tenté de déduire les IAL des dommages-intérêts accordés en Ontario, comme l'y autorise la Loi ontarienne, mais la déduction lui a été refusée. Le juge Zuber de la Cour d'appel de l'Ontario a fait observer que la question en litige dans cette affaire (comme dans celle qui nous occupe) portait sur [TRADUCTION] « l'applicabilité de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario » (p. 456). Selon le juge Zuber, malgré l'existence du formulaire P&E, les dispositions de la Loi ontarienne relatives à la déductibilité ne s'appliquaient pas. Il a souligné que, lorsque les assureurs désirent intégrer des dispositions législatives ontariennes dans le formulaire P&E (par exemple les limites de couverture stipulées dans les polices d'assurance), ils le font de manière expresse (aux p. 457-458) :

[TRADUCTION] Je ne puis considérer l'engagement comme un accord intégrant dans les polices émanant d'autres provinces tous les éléments dont la *Loi sur les assurances de l'Ontario* exige l'inclusion dans les polices d'assurance ontariennes. . . .

Bien qu'on ne nous ait pas fourni le détail de la police d'assurance du Manitoba, elle comporte sans doute des

benefits very similar to (or perhaps the same as) those set out in Sch. E. However, the coverage providing those benefits is included in the policy by the Manitoba Public Insurance Corporation in the fulfilment of its own responsibilities; not because those benefits have been impressed into the policy by Ontario legislation.

... an undertaking by the Manitoba Public Insurance Corporation to, in effect, observe Ontario rules to a certain extent, where its insured is involved in Ontario proceedings, does not render the Manitoba policy one that is "made in Ontario". [Emphasis added.]

MacDonald looked at the present problem through the opposite end of the telescope, i.e., from the perspective of the court of the forum where the accident occurred and where the litigation took place. However, the principled limitation on extraterritoriality is the same. As Laskin C.J. stated in affirming this judgment from the bench ([1979] 2 S.C.R. 153, at pp. 153-54):

The main point argued by counsel for the appellant concerned the right of his client to have the advantage, as a deduction from his liability for damages, of disability benefits to which the plaintiff was entitled under her Manitoba contract with the Manitoba Public Insurance Corporation, as if s. 237(2) of the Ontario *Insurance Act* applied. Neither the undertaking filed by the Manitoba insurer, taken alone or in association with s. 25 of the Ontario *Insurance Act*, avails the appellant on this point. We do not agree that the disability benefits are deductible from the damages assessed against the appellant.

The Court thus recognized the limited effect of the PAU, and did not accept as correct the theory of interprovincial integration urged in this case by the respondent. The importance of the PAU in this respect is as stated in *Healy v. Interboro Mutual Indemnity Insurance Co.* (1999), 44 O.R. (3d) 404 (C.A.), *per* Goudge J.A., at p. 409:

[The PAU] assures the same statutory guarantees to someone injured in an automobile accident in Ontario whether the relevant automobile insurance contract was made in Ontario or another participating jurisdiction.

The PAU is about enforcement of insurance poli-
cies, not about helping insurance companies, which

indemnités sensiblement similaires (voire identiques) à celles prévues à l'annexe E. Toutefois, la garantie accordant ces indemnités figure dans la police parce que la Société d'assurance publique du Manitoba l'y a insérée dans l'exécution de ses propres obligations, et non parce que la Loi ontarienne a incité à l'inclusion de ces indemnités dans la police.

... l'engagement de la Société d'assurance publique du Manitoba de respecter dans les faits les règles ontariennes jusqu'à un certain point, dans les cas où son assuré est partie à des procédures en Ontario, ne fait pas de la police d'assurance manitobaine une police « faite en Ontario ». [Je souligne.]

Dans l'arrêt *MacDonald*, le problème qui nous occupe a été examiné à partir de l'autre bout de la lorgnette, soit du point de vue du tribunal du ressort où l'accident a eu lieu et où le litige s'est déroulé. Toutefois, la restriction raisonnée à l'extraterritorialité est la même. Comme a dit le juge en chef Laskin en confirmant ce jugement séance tenante ([1979] 2 R.C.S. 153, p. 153-54) :

La plaidoirie de l'avocat de l'appelant a surtout porté sur le droit de son client de pouvoir faire déduire des dommages-intérêts dont il est tenu, les prestations d'invalidité auxquelles la demanderesse avait droit aux termes de son contrat manitobain conclu avec The Manitoba Public Insurance Corporation, comme si le par. 237(2) de *The Ontario Insurance Act* s'appliquait. L'engagement déposé par l'assureur manitobain, seul ou associé à l'art. 25 de *The Ontario Insurance Act*, n'est d'aucun secours à l'appelant sur ce point. Nous ne sommes pas d'avis que les prestations d'invalidité sont déductibles des dommages-intérêts dus par l'appelant.

Notre Cour a donc reconnu l'effet limité du formulaire P&E, et elle a rejeté la thèse de l'intégration interprovinciale qu'invoque en l'espèce l'intimée. L'importance du formulaire P&E à cet égard a été exposée par le juge Goudge de la Cour d'appel de l'Ontario, à la p. 409 de l'arrêt *Healy c. Interboro Mutual Indemnity Insurance Co.* (1999), 44 O.R. (3d) 404 :

[TRADUCTION] [Le formulaire P&E] accorde les mêmes garanties légales à toute personne blessée dans un accident d'automobile survenu en Ontario, peu importe si le contrat d'assurance automobile en cause a été conclu en Ontario ou dans un autre ressort participant.

Le formulaire P&E vise à faciliter l'applica-
tion des polices d'assurance, et non à aider les

have been paid a premium for the no-fault coverage, to seek to recover in their home jurisdictions their losses from other insurance companies located in a different jurisdiction when the accident took place in that other jurisdiction, and where the claims arising out of the accident were litigated there. The appellant referred us to the observation of Professor Black:

The reciprocal system, of which the PAU is a key part, thus has what might loosely be described as a compensation, consumer-protection function.

(V. Black, “Interprovincial Inter-Insurer Interactions: *Unifund v. ICBC*” (2002), 36 *Can. Bus. L.J.* 436, at p. 444)

101

I agree. I am reinforced in that conclusion by several considerations:

Firstly, as stated, the opening language of the PAU, which sets the framework for the rest of the document, talks about a proceeding “arising out of a motor-vehicle accident in any of the respective Provinces” which, in this PAU, excluded British Columbia where this accident took place.

Secondly, s. 275 of the Ontario Act is an indemnity provision that does not arise out of the motor vehicle policy itself. SABs, as their name suggests, are “statutory accident benefits” required by the Ontario legislation. If the respondent is correct, Ontario could attach whatever benefits it liked to an out-of-province accident and require the appellant to come to Ontario to reimburse the Ontario insurer irrespective of whether or not British Columbia law permitted any deduction in that respect from the judgment award. As the Court pointed out in *Hunt, supra*, at p. 327, “[a] province undoubtedly has an interest in protecting the property of its residents within the province, but it cannot do so by unconstitutional means.”

compagnies d’assurance — qui ont par ailleurs touché des primes pour la garantie d’assurance sans égard à la faute — à se faire indemniser de leurs pertes, dans leur ressort d’origine, par d’autres assureurs situés dans la province où l’accident a eu lieu et où les réclamations découlant de l’accident ont été débattues devant les tribunaux. L’appelante nous a cité cette observation du professeur Black :

[TRADUCTION] Le régime de réciprocité, dont le formulaire P&E est un élément fondamental, joue un rôle que l’on pourrait décrire assez librement comme tendant à l’indemnisation et à la protection du consommateur.

(V. Black, « Interprovincial Inter-Insurer Interactions: *Unifund v. ICBC* » (2002), 36 *Rev. can. dr. comm.* 436, p. 444)

Je suis d’accord avec cette observation. Plusieurs considérations viennent étayer cette conclusion :

Premièrement, comme il a été indiqué précédemment, la disposition liminaire du formulaire P&E, qui fixe le cadre applicable à l’ensemble du document, fait état des procédures intentées [TRADUCTION] « par suite d’un accident d’automobile survenu dans leur province [. . .] respecti[ve] », ce qui excluait, dans ce formulaire, la Colombie-Britannique, province où l’accident s’est produit.

Deuxièmement, l’art. 275 de la Loi ontarienne est une disposition en matière d’indemnisation qui ne prend pas sa source dans la police d’assurance automobile elle-même. Comme leur nom l’indique, les IAL ou « indemnités d’accident légales » sont des indemnités prévues par la Loi ontarienne. Si l’intimée a raison, l’Ontario pouvait, à son gré, accorder n’importe quelle sorte d’indemnité à l’égard d’un accident survenu dans une autre province et obliger l’appelante à venir en Ontario rembourser l’assureur ontarien, peu importe si les lois de la Colombie-Britannique permettaient de déduire quelque partie que ce soit de cette indemnité de la somme accordée par le jugement. Comme l’a souligné notre Cour à la p. 327 de l’arrêt *Hunt*, précité, « [u]ne province a sans doute intérêt à protéger les biens de ses résidents sur son territoire, mais elle ne peut pas le faire par des moyens inconstitutionnels. »

Thirdly, the fact the PAU is aimed at litigation arising directly out of the motor vehicle accident itself is confirmed by the nature of the three undertakings:

(1) The first undertaking (to appear) is triggered by proper substituted service on the Superintendent. If the accident had occurred in Ontario, the travelling tortfeasors from British Columbia could (quite apart from the PAU) have been served under the rules *ex juris* and the appellant would have been contractually bound to provide a defence. In that sense, the PAU merely facilitates the inevitable.

(2) The second undertaking requires the insurer to effect personal service on the insured. The insured is not, of course, named as a party to the proposed arbitration. This is because this proceeding does not affect the Brennans. As stated, it is an attempt by Unifund to access an Ontario statutory scheme to reimburse itself for the payments it had paid pursuant to its Ontario policy, and in respect of which it had received a premium. The irrelevance of this undertaking to Unifund's action reinforces the conclusion that this dispute is not one contemplated by the PAU.

(3) The third undertaking is not to raise a defence "under a motor-vehicle liability insurance contract entered into by it". The reference to "insurance contract" must necessarily be to the British Columbia policies issued to the truck, trucker and repair shop. This makes perfect sense in seeking to harmonize an out-of-province motor vehicle policy with the laws of the jurisdiction where the accident took place. The Ontario Court of Appeal has itself held that the defences which an insurance company may raise "are dictated by the laws

Troisièmement, la nature des trois engagements confirme le fait que le formulaire P&E vise les poursuites découlant directement des accidents d'automobile :

(1) Le premier engagement (celui de comparaître) prend effet avec la signification indirecte régulièrement effectuée au surintendant des assurances concerné. Si l'accident s'était produit en Ontario et que les auteurs du délit civil avaient été des visiteurs de la Colombie-Britannique, ils auraient pu recevoir signification (indépendamment du formulaire P&E) en vertu des règles relatives à la signification *ex juris* et l'appelante aurait été tenue par contrat de les défendre. En ce sens, le formulaire P&E ne fait que faciliter ce qui aurait été inévitable.

(2) Le deuxième engagement oblige l'assureur à faire signifier à personne à l'assuré les documents pertinents. En l'espèce, les assurés ne sont évidemment pas désignés comme partie à l'arbitrage proposé, tout simplement parce que les Brennan ne sont pas touchés par cette procédure. Comme je l'ai indiqué plus tôt, Unifund tente en l'espèce de tirer profit du régime établi par la Loi ontarienne et de se faire rembourser ainsi les sommes qu'elle a versées en vertu de la police d'assurance qu'elle a émise en Ontario, et à l'égard desquelles elle a reçu une prime. La non-pertinence de cet engagement en ce qui concerne l'instance introduite par Unifund renforce la conclusion que le présent litige n'est pas visé par le formulaire P&E.

(3) Le troisième engagement consiste à s'abstenir d'invoquer un moyen de défense [TRADUCTION] « fondé sur le contrat d'assurance-responsabilité automobile qu'elle a conclu ». Les mots « contrat d'assurance » s'entendent nécessairement des polices d'assurance émises en Colombie-Britannique à l'égard du camion, du camionneur et de l'atelier de réparation. Cette interprétation est parfaitement logique lorsqu'on tente d'harmoniser une police d'assurance automobile émanant d'une

of the province in which the motor vehicle accident occurred” (emphasis added): *Potts, supra*, at p. 562, citing *Corbett v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1984), 14 D.L.R. (4th) 531 (Alta. Q.B.), at p. 535. In the cases relied upon by the respondent, Unifund, the motor vehicle accident had occurred within the territorial jurisdiction of the court which “harmonized” the out-of-province policy with the local rules pursuant to the term of the PAU: see *Royal Insurance, supra*, and *Healy, supra*, leave to appeal to this Court denied, [2000] 1 S.C.R. xiii. All of this, however, has little relevance to an action between insurance companies commenced in a province where the accident did not occur.

(4) The third undertaking goes on to require the signatory to satisfy any final judgment rendered against it “in the claim, action or proceeding, in respect of any kind or class of coverage provided under the contract or plan and in respect of any kind or class of coverage required by law to be provided under a plan or contracts of automobile insurance entered into in such Province” up to certain limits. In other words, actions contemplated by the PAU involve the dollar amounts and “kind or classes of coverage” contained in the original motor vehicle policy itself. This has nothing to do with the interinsurer indemnification procedure under s. 275 of the *Insurance Act* of Ontario.

Fourthly, the appellant, on December 16, 1997, filed a further undertaking with the Ontario Insurance Commission (called the “Protected Defendant Undertaking”) which provides in part:

THE INSURER UNDERTAKES AND AGREES that motor vehicle liability policies issued by the Insurer will include at least the Ontario Coverages, as set out above,

autre province avec les lois de la province où s’est produit l’accident. La Cour d’appel de l’Ontario elle-même a jugé que les moyens de défense qu’une société d’assurance pouvait soulever [TRADUCTION] « sont dictés par les lois de la province où l’accident a eu lieu » (je souligne) : *Potts, précité*, p. 562, citant *Corbett c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1984), 14 D.L.R. (4th) 531 (B.R. Alb.), p. 535. Dans les décisions invoquées par l’intimée, Unifund, l’accident d’automobile s’était produit dans le ressort du tribunal qui avait « harmonisé » la police d’assurance émise dans une autre province avec les règles locales conformément aux modalités du formulaire P&E : voir *Royal Insurance, précité*, et *Healy, précité*, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. xiii. Tous ces éléments sont toutefois peu pertinents dans une instance entre sociétés d’assurance introduite dans une province où l’accident n’est pas survenu.

(4) Le troisième engagement oblige en outre le signataire à exécuter, jusqu’à concurrence des limites prévues, tout jugement définitif prononcé contre lui [TRADUCTION] « à l’égard de la demande, de l’action ou de la procédure, relativement à toute garantie prévue par le contrat ou régime applicable ou qui doit, selon la loi, être prévue par le régime ou les contrats d’assurance automobile dans cette province ». Autrement dit, les actions visées par le formulaire P&E portent sur les sommes et les « garanties » prévues par la police d’assurance automobile source. Tout cela n’a cependant rien à voir avec la procédure d’indemnisation réciproque prévue par l’art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario.

Quatrièmement, le 16 décembre 1997, l’appelante a déposé, auprès de la Commission des assurances de l’Ontario, un engagement supplémentaire (intitulé [TRADUCTION] « Engagement à l’égard des défendeurs exclus »), lequel comporte notamment les stipulations suivantes :

[TRADUCTION] L’ASSUREUR S’ENGAGE à insérer, dans les polices d’assurance-responsabilité automobile qu’il émet, à tout le moins les garanties prévues en

when automobiles insured by the Insurer are operated in Ontario. . . .

THE INSURER ALSO AGREES to appear and to be bound by the laws of Ontario in defending any claim under its motor vehicle liability policy. [Emphasis added.]

While the Protected Defendant Undertaking operates in addition to the PAU, which remains in full force and effect, its terms seem to me to reinforce the nature of the arrangements between the appellant and Ontario, which have to do with defending claims under the appellant's insurance policies, not defending a claim under the Ontario Act to reallocate the cost of payments required by the Ontario Act amongst insurance companies subject to the Ontario Act.

As stated earlier, the fact that the appellant, ICBC, has on occasion attorned to Ontario in defending British Columbia motorists involved in accidents in that province does not constitute a general attornment to Ontario in respect of all accidents wherever they take place and any consequent proceedings.

The courts should strive to give full effect to voluntary, interprovincial arrangements that seek to overcome some of the practical difficulties inherent in our federal structure. The danger, however, is that if the courts overstate the effect of these voluntary arrangements, and thereby impose on the parties obligations that were never in their contemplation, cooperation may no longer be forthcoming. In my view, the respondent's argument attempts to push the PAU beyond its intended scope. Acceptance of its argument would undermine rather than enhance voluntary interprovincial cooperation in the field of motor vehicle insurance. If the insurers wish to expand their voluntary

Ontario, qui sont énoncées précédemment, lorsque les automobiles qu'il assure sont utilisées en Ontario. . . .

L'ASSUREUR ACCEPTE ÉGALEMENT d'être assujéti aux lois de l'Ontario et de comparaître en défense à l'égard de toute réclamation fondée sur les polices d'assurance-responsabilité automobile qu'il émet. [Je souligne.]

Bien que l'engagement à l'égard des défendeurs exclus s'applique en sus du formulaire P&E, qui demeure toujours en vigueur, j'estime que ses modalités confirment la nature des engagements intervenus entre l'appelante et l'Ontario, c'est-à-dire la présentation de défenses en cas de réclamations fondées sur les polices d'assurance émises par l'appelante, et non la présentation de défenses en cas de réclamations fondées sur la Loi ontarienne et sollicitant la répartition du coût des paiements que requiert cette loi entre les compagnies d'assurance assujéties à celle-ci.

Comme je l'ai indiqué plus tôt, le fait que l'appelante, ICBC, ait à l'occasion acquiescé à la compétence des tribunaux de l'Ontario en présentant une défense au nom d'automobilistes de la Colombie-Britannique ayant eu des accidents en Ontario, ne constitue pas un acquiescement général à la compétence des tribunaux ontariens relativement à tout accident — peu importe le lieu où il se produit — et aux procédures qui en découlent.

Les tribunaux devraient s'efforcer de donner plein effet aux arrangements interprovinciaux volontaires conclus en vue de surmonter certaines des difficultés d'ordre pratique inhérentes à notre structure fédérale. Cela n'est toutefois pas sans risque, car si les tribunaux exagèrent les effets de ces arrangements volontaires et imposent en conséquence aux parties des obligations qu'elles n'avaient jamais envisagées, celles-ci pourraient ne plus être disposées à coopérer. À mon avis, l'intimée cherche par son argument à donner au formulaire P&E une portée plus large que celle qu'il est censé avoir. Retenir cet argument aurait pour effet non pas de renforcer, mais plutôt d'affaiblir la

102

103

cooperation, the PAU can be amended to achieve this purpose.

104 If, as I concluded earlier, the appellant is not otherwise within the legislative jurisdiction of Ontario, the PAU does not put it there by agreement.

105 In any event, as noted earlier, even if the PAU were interpreted (wrongly, in my view) to require the appellant to litigate Unifund's claim in Ontario, there is nothing in the PAU that would prevent the appellant from contesting the purported extraterritorial assertion of s. 275 of the Ontario *Insurance Act*. For the reasons already discussed, such an objection would succeed. However one looks at this case, the respondent's claim should be dismissed.

(iii) *Should the Judge Have Dealt with the Issue of Forum Non Conveniens, or, Having Found the Ontario Act Constitutionally Applicable, Should the Issue of Forum Non Conveniens Have Been Referred to the Arbitrator ("the Forum Non Conveniens Issue")?*

106 Having concluded, in response to the constitutional question, that the Ontario regulatory scheme does not apply to the out-of-province appellant on the facts of this case, the issue of *forum non conveniens* is moot. There is no statutory cause of action available to the respondent to sue upon in Ontario or in British Columbia. Unifund's application rests on a faulty constitutional basis and must be dismissed.

X. Conclusion

107 I would allow the appeal with costs throughout and dismiss the respondent's application.

108 The constitutional question should be answered as follows:

coopération interprovinciale volontaire dans le domaine de l'assurance automobile. Si les assureurs souhaitent accroître cette coopération volontaire, le formulaire P&E peut être modifié pour réaliser cet objectif.

Si, conformément à la conclusion à laquelle je suis arrivé plus tôt, l'appelante ne relève pas de quelque autre façon de la compétence législative de l'Ontario, le formulaire P&E n'a pas pour effet de l'y assujettir par consentement.

Quoi qu'il en soit, comme je l'ai souligné précédemment, même si on considérait (à tort selon moi) que le formulaire P&E oblige l'appelante à contester la demande présentée par Unifund en Ontario, rien dans le formulaire P&E n'empêche l'appelante de contester la portée extraterritoriale qu'aurait, prétend-on, l'art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. Pour les motifs exposés plus tôt, un tel moyen de contestation serait accueilli. Peu importe l'angle sous lequel on considère la présente affaire, la demande de l'intimée doit être rejetée.

(iii) *Le juge aurait-il dû examiner la question du forum non conveniens, ou, ayant conclu que la Loi ontarienne était constitutionnellement applicable, aurait-il dû renvoyer cette question à l'arbitre (« la question du forum non conveniens »)?*

Puisque j'ai conclu, en réponse à la question constitutionnelle, que le régime ontarien ne s'applique pas à l'appelante de l'extérieur de la province eu égard aux faits de l'espèce, la question du *forum non conveniens* est devenue théorique. L'intimée ne dispose d'aucune cause d'action prévue par la loi la fondant à intenter des poursuites en Ontario ou en Colombie-Britannique. La demande de Unifund est constitutionnellement défectueuse et doit être rejetée.

X. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens dans toutes les cours, et de rejeter la demande de l'intimée.

La question constitutionnelle devrait recevoir la réponse suivante :

Q. Is s. 275 of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, as amended, constitutionally inapplicable to the appellant because its application in the circumstances of this case would not accord with territorial limits on provincial jurisdiction?

A. Yes.

The reasons of Major, Bastarache and Deschamps JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal involves two insurers which are parties to a reciprocal scheme for the enforcement of motor vehicle claims. They disagree on the effect of that scheme and on the extraterritorial application of the Ontario *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, notably s. 275, which provides for the indemnification of a no-fault insurer, here Unifund Assurance Company (“Unifund”), by a tortfeasors’ insurer, here the Insurance Corporation of British Columbia (“ICBC”), for benefits paid over \$2,000. Also at issue in this appeal is the jurisdiction of an arbitrator to be appointed pursuant to s. 275(4) of the Ontario *Insurance Act* to decide the issues of jurisdiction *simpliciter*, *forum conveniens* and choice of law.

For the reasons that follow, I am of the view that a superior court judge must decide the issues of jurisdiction *simpliciter* and *forum conveniens*. I am also of the view that, on the facts of this case, ICBC has accepted the jurisdiction of Ontario in this matter by signing a “Power of Attorney and Undertaking” (“PAU”). That instrument, interpreted in light of the principles of private international law set out in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, recently affirmed in *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, constitutes a sound

Q. L’article 275 de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8 et ses modifications, est-il constitutionnellement inapplicable à l’appelante pour le motif que, dans les circonstances de la présente affaire, son application ne serait pas conforme aux limites territoriales de la compétence provinciale?

R. Oui.

Version française des motifs des juges Major, Bastarache et Deschamps rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi concerne deux assureurs qui sont parties à un régime de réciprocité visant l’exécution des demandes d’indemnités présentées par les victimes d’accidents d’automobile. Les parties ne s’entendent ni sur les effets du régime ni sur l’application extraterritoriale de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. I.8, plus particulièrement l’art. 275 de cette loi, qui précise que l’assureur d’un assuré non responsable de l’accident, en l’occurrence Unifund Assurance Company (« Unifund »), a droit d’être indemnisé par l’assureur de l’auteur du délit civil, en l’occurrence Insurance Corporation of British Columbia (« ICBC »), lorsque les indemnités à verser dépassent 2 000 \$. Est également en litige le pouvoir de l’arbitre visé au par. 275(4) de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario de trancher les questions de la simple reconnaissance de compétence, du *forum conveniens* et du choix du droit applicable.

Pour les motifs qui suivent, j’estime qu’il appartient aux juges des cours supérieures de trancher les questions de la simple reconnaissance de compétence et du *forum conveniens*. Eu égard aux faits en l’espèce, je suis également d’avis que, en signant le document intitulé [TRADUCTION] « Procuration et engagements » (le « formulaire P&E »), ICBC a accepté que les lois ontariennes régissant la question s’appliquent à la présente affaire. Ce document, interprété à la lumière des principes de droit international privé qui ont été énoncés dans l’arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3

foundation for the application of the Ontario *Insurance Act* to the parties in this case. By virtue of the fact of attornment through the PAU, amongst other factors, I conclude that the subject matter which the *Insurance Act* covers is sufficiently connected to Ontario so as to render the Act applicable to ICBC.

II. Factual Background

111 Mr. and Mrs. Brennan, Ontario residents, were injured while visiting British Columbia in 1995. They were struck by a tractor-trailer while travelling in a car rented in British Columbia and Mrs. Brennan was rendered quadriplegic. Following the accident, the Brennans returned to Ontario. All of the vehicles involved in the accident were registered in British Columbia and insured by the appellant, ICBC, which provides mandatory insurance in that province. Both Mr. and Mrs. Brennan received substantial statutory accident benefits (SABs) from their insurer, the respondent, Unifund.

112 The Brennans were awarded substantial damages as a result of an action brought in British Columbia against the owner and driver of the tractor-trailer, and against the garage that had repaired the said tractor-trailer. The trial judge only dealt with the quantum of damages as all three defendants, insured by the appellant, admitted joint liability: *Brennan v. Singh*, [1999] B.C.J. No. 520 (QL) (S.C.). The three defendant tortfeasors, in accordance with s. 25 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 231, sought to deduct from the damages the amount of money that the Brennans had received from the respondent in the form of SABs. The British Columbia Court of Appeal confirmed that the ICBC policy which insured the garage was automobile insurance within the meaning of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act* and that the tortfeasors were entitled to deduct the benefits received from the respondent pursuant to its s. 25: *Brennan v. Singh* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 294, aff'g (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 342

R.C.S. 1077, et confirmés récemment dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, constitue une assise solide pour justifier l'application aux parties de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. En raison notamment de l'acquiescement à la compétence des tribunaux ontariens, j'estime que la question visée a un lien suffisant avec cette province pour rendre la loi applicable à ICBC en l'espèce.

II. Les faits

M. et M^{me} Brennan, des résidents de l'Ontario, ont été blessés au cours d'un voyage en Colombie-Britannique en 1995. Un camion gros porteur a heurté la voiture qu'ils avaient louée sur place, et l'accident a laissé M^{me} Brennan quadriplégique. Par la suite, les Brennan sont retournés en Ontario. Tous les véhicules en cause dans l'accident étaient immatriculés en Colombie-Britannique et assurés par l'appelante, ICBC, laquelle vend l'assurance obligatoire dans cette province. M. et M^{me} Brennan ont reçu de leur assureur, l'intimée, Unifund, des indemnités d'accident légales substantielles.

Les Brennan ont obtenu des dommages-intérêts élevés à l'issue d'une action intentée en Colombie-Britannique contre le propriétaire et conducteur du camion gros porteur, et contre le garage qui avait réparé ce véhicule. Le juge de première instance n'a examiné que la question du montant des dommages-intérêts, étant donné que les trois défendeurs, assurés par l'appelante, ont reconnu leur responsabilité conjointe : *Brennan c. Singh*, [1999] B.C.J. No. 520 (QL) (C.S.). Conformément à l'art. 25 de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 231, les trois codéfendeurs et auteurs du délit civil ont demandé que soit déduite des dommages-intérêts la somme obtenue par les Brennan de l'intimée à titre d'indemnités d'accident légales. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé que la police émise par ICBC à l'égard du garage constituait une assurance automobile au sens de l'*Insurance (Motor Vehicle) Act* de la Colombie-Britannique et que les auteurs du délit avaient droit, en vertu de l'art. 25, à la déduction

(S.C.). An action is continuing in the Supreme Court of British Columbia to determine the amount of the benefits that will be ordered to be deducted from the damage award: *Brennan v. Singh* (2001), 15 C.P.C. (5th) 17, 2001 BCSC 1812.

The parties were unable to agree with respect to indemnification under s. 275 of the Ontario *Insurance Act*, the appellant, ICBC, taking the position that the Act did not apply. Consequently, the respondent, Unifund, brought an application before the Ontario Superior Court for the appointment of an arbitrator pursuant to s. 10 of the Ontario *Arbitration Act, 1991*, S.O. 1991, c. 17. The appellant took two steps in response. First, it brought an application in the British Columbia Supreme Court for a declaratory order that the law of British Columbia (and not that of Ontario) applies to the rights of the two insurers, and that the respondent has no right of subrogation under British Columbia law. Second, it brought an application returnable before a judge in Ontario for an order staying the arbitration.

The “Power of Attorney and Undertaking” (“PAU”), titled “Canada Non-Resident Inter-Province Motor Vehicle Liability Insurance Card”, provides that when an insured is sued in another province or territory, the Superintendent of Insurance of that province will accept service on behalf of the insurer or its insured, and that the insurer undertakes to appear in the action. As a signatory to the PAU, the insurer further undertakes not to set up any defence in respect of any action under a motor vehicle liability contract which might not be set up in the province in which the action is instituted, and to satisfy judgment up to the greater of the amounts and limits of coverage provided for in the contract, or the minimum for that kind or class of coverage provided for by the laws of the province or territory in which the action is filed. This reciprocal scheme provides a uniform basis for the enforcement of motor

des indemnités reçues de l’intimée : *Brennan c. Singh* (2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 294, conf. (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 342 (C.S.). Une action est en instance devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin de déterminer l’indemnité dont le tribunal ordonnera la soustraction du montant des dommages-intérêts : *Brennan c. Singh* (2001), 15 C.P.C. (5th) 17, 2001 BCSC 1812.

Les parties ont été incapables de s’entendre sur l’indemnisation visée à l’art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario, l’appelante, ICBC, plaidant l’inapplication de cette loi. En conséquence, l’intimée, Unifund, a demandé à la Cour supérieure de l’Ontario la nomination d’un arbitre suivant l’article 10 de la loi ontarienne intitulée *Loi de 1991 sur l’arbitrage*, L.O. 1991, ch. 17. En réponse à cette demande, l’appelante a effectué deux démarches. Premièrement, elle a sollicité de la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance déclarant, d’une part, que ce sont les lois de la Colombie-Britannique (et non celles de l’Ontario) qui s’appliquent à l’égard des droits des deux assureurs, et, d’autre part, que l’intimée n’a aucun droit de subrogation en vertu des lois de la Colombie-Britannique. Deuxièmement, elle a demandé à un juge de l’Ontario d’ordonner la suspension de l’arbitrage.

113

Selon le formulaire P&E, document dont le titre est [TRADUCTION] « Carte d’assurance-responsabilité automobile interprovinciale pour non-résidents du Canada », lorsqu’un assuré est poursuivi dans une autre province ou un autre territoire, le surintendant des assurances de cet endroit accepte de recevoir signification d’actes de procédure ou d’avis au nom de l’assureur ou de son assuré, et l’assureur s’engage à comparaître à l’action. À titre de signataire du formulaire P&E, l’assureur s’engage également à ne pas présenter, à l’égard de toute action découlant d’un contrat de responsabilité automobile, de moyen de défense qui ne pourrait être invoqué dans la province où l’action a été intentée, et à exécuter le jugement jusqu’à concurrence de la plus élevée des sommes suivantes : la garantie maximale prévue par le contrat ou la somme minimale prévue pour ce genre ou cette catégorie de garantie par les lois en vigueur dans la

114

vehicle insurance claims in Canada and, to a lesser extent, in North America.

III. Relevant Statutory Provisions

115 *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8

275.—(1) The insurer responsible under subsection 268(2) for the payment of statutory accident benefits to such classes of persons as may be named in the regulations is entitled, subject to such terms, conditions, provisions, exclusions and limits as may be prescribed, to indemnification in relation to such benefits paid by it from the insurers of such class or classes of automobiles as may be named in the regulations involved in the incident from which the responsibility to pay the statutory accident benefits arose.

(2) Indemnification under subsection (1) shall be made according to the respective degree of fault of each insurer's insured as determined under the fault determination rules.

(3) No indemnity is available under subsection (2) in respect of the first \$2,000 of statutory accident benefits paid in respect of a person described in that subsection.

(4) If the insurers are unable to agree with respect to indemnification under this section, the dispute shall be resolved through arbitration under the *Arbitrations Act*.

(5) No arbitration hearing shall be held with respect to indemnification under this section if, in respect of the incident for which indemnification is sought, any of the insurers and an insured are parties to a mediation under section 280, an arbitration under section 282, an appeal under section 283 or a proceeding in a court in respect of statutory accident benefits.

IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 96

116 Campbell J. determined that the case dealt with the narrow issue of the indemnification between two insurers pursuant to the Ontario *Insurance Act*.

province ou le territoire où l'action a été intentée. Ce régime de réciprocité assure l'exécution uniforme des réclamations d'assurance automobile au Canada et, dans une moindre mesure, en Amérique du Nord.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8

275 (1) L'assureur tenu de payer, aux termes du paragraphe 268(2), des indemnités d'accident légales à des catégories de personnes qui peuvent être nommées dans les règlements a droit, sous réserve des conditions, dispositions, exclusions et restrictions qui peuvent être prescrites, à une indemnisation, en ce qui concerne les indemnités qu'il a payées, de la part des assureurs d'une catégorie ou des catégories d'automobiles qui peuvent être nommées dans les règlements et qui étaient impliquées dans l'incident dont découle l'obligation de payer des indemnités d'accident légales.

(2) L'indemnisation visée au paragraphe (1) est effectuée en fonction du degré de responsabilité de l'assuré de chaque assureur tel qu'il est établi selon les règles de détermination de la responsabilité.

(3) Aucune indemnité n'est offerte aux termes du paragraphe (2) relativement à la première tranche de 2 000 \$ d'indemnités d'accident légales payées à l'égard d'une personne mentionnée dans ce paragraphe.

(4) Si les assureurs n'arrivent pas à s'entendre à l'égard de l'indemnisation visée au présent article, le différend est réglé par voie d'arbitrage aux termes de la *Loi sur l'arbitrage*.

(5) Aucune audience d'arbitrage n'est tenue à l'égard de l'indemnisation visée au présent article si, en ce qui concerne l'incident qui a entraîné la demande d'indemnisation, un des assureurs et un assuré sont parties à une procédure de médiation entamée en vertu de l'article 280, à un arbitrage effectué aux termes de l'article 282, à un appel interjeté en vertu de l'article 283 ou à une instance judiciaire à l'égard d'indemnités d'accident légales.

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2000), 23 C.C.L.I. (3d) 96

Le juge Campbell a décidé que l'affaire portait uniquement sur la question de l'indemnisation entre deux assureurs en application de la *Loi sur les*

He decided that his task was not to determine with finality the applicable law with respect to the resolution of the dispute but rather to consider the balance of convenience with regard to a motion for a stay on the basis of *forum non conveniens*. The question of jurisdiction *simpliciter* was not explicitly considered by the applications judge.

In the circumstances, the applications judge was not satisfied that there would be a loss of a juridical advantage, as feared by the respondent, Unifund, were a stay to be granted. The reciprocal nature of the scheme and the need for consideration by a court in one province of the applicability of the rules in another province led him to conclude that it was not simply a matter for a court in Ontario to apply Ontario law, or a court in British Columbia to apply British Columbia law. Rather, it was for each court to consider the nature of the reciprocal scheme as effected by the legislation in both provinces. The applications judge found the factors for granting a stay of proceedings in this case to be: (1) an absence of evidence of any serious or substantial prejudice to the plaintiff if a stay were granted; (2) the need to provide an opportunity for an expeditious determination of the issues raised by the plaintiff; and, (3) a serious prospect for inconsistent findings if both proceedings moved forward concurrently. The applications judge concluded that the balance favoured the stay of the Ontario arbitration as he was of the view that the arbitration procedure instituted under s. 275 of the Ontario *Insurance Act* was not enacted to resolve legal issues that arise as a result of the operation of an interprovincial scheme which poses problems of conflicting provincial laws. Because everything that gave rise to the dispute between the insurers commenced with an accident and an action in British Columbia, that province's courts were deemed to be the appropriate forum for the resolution of the dispute.

assurances de l'Ontario. Il a conclu que son rôle ne consistait pas à décider de façon définitive du droit applicable au règlement du différend, mais plutôt à examiner la prépondérance des inconvénients dans le cadre d'une motion sollicitant le sursis de l'instance pour cause de *forum non conveniens*. Le juge des motions n'a pas examiné explicitement la question de la simple reconnaissance de la compétence.

Vu les circonstances, le juge des motions n'était pas convaincu qu'il y aurait, comme le craignait l'intimée, Unifund, perte d'un avantage juridique s'il ordonnait le sursis à l'arbitrage. Le caractère réciproque du régime et la nécessité qu'un tribunal d'une province donnée s'interroge sur l'applicabilité des règles dans une autre province ont amené le juge à conclure qu'il ne s'agissait pas simplement d'une affaire requérant d'un tribunal ontarien qu'il applique les lois de l'Ontario ou d'un tribunal de la Colombie-Britannique qu'il applique les lois de cette province. L'un ou l'autre de ces tribunaux devra plutôt examiner la nature du régime de réciprocité au regard de la législation applicable dans les deux provinces. Le juge des motions a estimé que les facteurs pertinents justifiant de surseoir à l'arbitrage dans cette affaire étaient les suivants : (1) l'absence de preuve de quelque préjudice grave ou important pouvant être causé au demandeur s'il ordonnait le sursis à l'arbitrage; (2) la nécessité de favoriser le règlement expéditif des questions soulevées par le demandeur; (3) le risque important de jugements contradictoires si les deux instances devaient se poursuivre parallèlement. Le juge des motions a conclu que la balance penchait en faveur de la suspension de l'arbitrage en Ontario puisque, à son avis, la procédure d'arbitrage prévue par l'art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario n'a pas été instituée pour régler des questions de droit découlant de l'application d'un régime interprovincial créant des problèmes d'incompatibilité entre lois provinciales. Comme tous les éléments à l'origine du différend entre les assureurs ont pour point de départ un accident et une action en Colombie-Britannique, les tribunaux de cette province ont été réputés être le forum approprié pour connaître du litige.

B. *Court of Appeal for Ontario* (2001), 204 D.L.R. (4th) 732

118

Feldman J.A., for a unanimous court, held that when a statute provides that a matter is to be decided by arbitration under the Ontario *Arbitration Act, 1991*, it is for the arbitrator to decide questions of jurisdiction, applicable law and questions of law, subject to the right to appeal that decision to a court of justice. The Court of Appeal considered the issue of *forum non conveniens* and found that the applications judge was in error when he stated that an arbitrator appointed to determine issues under s. 275 of the Ontario *Insurance Act* could only decide “intra-Ontario” issues. First, the applications judge’s conclusion was found to be inconsistent with s. 275 when read in conjunction with the PAU to which British Columbia and Ontario are signatories. Paragraph A of the PAU states that the signatory company undertakes “[t]o appear in any action or proceeding against it or its insured in any Province or Territory in which such action has been instituted and of which it has knowledge”. The Court of Appeal held that, in part because of the presence of the PAU, there is no basis to conclude that s. 275(4) of the Ontario *Insurance Act* is to operate fully only in those circumstances where all parties and issues are confined to Ontario. Second, the applications judge’s conclusion was held to be contrary to the scheme of the Ontario *Arbitration Act, 1991* and the powers accorded to an arbitral tribunal under this same Act, namely to initially decide all questions of law and jurisdiction, unless the arbitrator or the parties consent to a referral to a court of justice.

V. Analysis

A. *The Procedural Issues*

119

The law of interprovincial jurisdiction and enforcement was changed drastically in *Morguard*, *supra*, where the Court held that the principles of

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (2001), 204 D.L.R. (4th) 732

Rédigeant la décision unanime de la Cour d’appel, le juge Feldman a conclu que, lorsqu’une loi prévoit qu’une affaire doit être soumise à l’arbitrage en application de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* de l’Ontario, il appartient à l’arbitre de se prononcer sur les questions de compétence, sur les lois applicables et sur les questions de droit, sous réserve du droit des parties d’interjeter appel de sa décision à un tribunal judiciaire. Après avoir examiné la question du *forum non conveniens*, la Cour d’appel a estimé que le juge des motions avait commis une erreur en disant qu’un arbitre chargé de statuer sur les questions visées à l’art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario ne pouvait se prononcer que sur des questions [TRADUCTION] « régies par les lois de l’Ontario ». Premièrement, la Cour d’appel a décidé que la conclusion du juge des motions était incompatible avec l’art. 275, lorsque celui-ci est lu en corrélation avec le texte du formulaire P&E auquel la Colombie-Britannique et l’Ontario ont adhéré. Le paragraphe A de ce formulaire indique que la société signataire s’engage [TRADUCTION] « [à] comparaître à toute action ou autre procédure qui est intentée contre elle ou contre son assuré dans quelque province ou territoire et dont elle a connaissance ». La Cour d’appel a jugé, partiellement en raison de l’existence du formulaire P&E, que rien ne permettait de conclure que le par. 275(4) de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario ne doit recevoir plein effet que dans les cas où les parties se trouvent en Ontario et les questions en litige y ont leur origine. Deuxièmement, selon la Cour d’appel, la conclusion du juge des motions était contraire à l’objet de la *Loi de 1991 sur l’arbitrage* de l’Ontario et aux pouvoirs conférés par cette loi au tribunal arbitral, à savoir celui de trancher en première instance toute question de droit et de compétence, sauf lorsque l’arbitre ou les parties acceptent de déférer la question à un tribunal judiciaire.

V. Analyse

A. *Les questions d’ordre procédural*

L’arrêt *Morguard*, précité, a modifié de façon radicale le droit en matière de saisine extraprovinciale et d’application extraterritoriale de lois

order and fairness require limits on the reach of provincial legislation facilitating the enforcement of an extraprovincial judgment, but that extraprovincial jurisdiction can nevertheless be asserted on the basis of a real and substantial connection. The territoriality issue arose again in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; in that case, the Court considered whether a provincial statute preventing documents relating to any business concerns in Quebec from being sent out of the province was *ultra vires* the province as being in relation to a matter outside the province, or constitutionally inapplicable to judicial proceedings in other provinces. In *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, this Court dealt with the question of which law should govern in cases involving the interests of more than one jurisdiction, specifically as it concerns automobile accidents involving residents of different provinces. However, the principles developed in *Hunt* and *Tolofson* are of little help in the case at bar as it concerns consent-based jurisdiction in the context of a conflict between insurers. The difficulty with this appeal is that there is a disagreement between the parties about the effect of the PAU and whether signing it constituted attornment by the parties to Ontario's jurisdiction. The preliminary question, however, is whether these issues should be decided by a superior court judge or by an arbitrator, as held by the Court of Appeal for Ontario.

In its reasons, the Court of Appeal relied on paragraph A of the PAU, the undertaking to appear, and on the fact that the determination of *forum non conveniens* by the applications judge would be inconsistent with the provisions of the Ontario *Insurance Act*. The appellant, ICBC, submits that if there is any doubt about the application of the Ontario *Insurance Act* or the appropriateness of Ontario as a forum, that doubt should not be resolved by an arbitrator appointed under the very legislation whose

provinciales. Dans cette affaire, la Cour a conclu que les principes d'ordre et d'équité requièrent que soient assorties de limites la portée des lois provinciales visant à faciliter l'exécution des jugements émanant de l'extérieur de la province concernée, mais que les tribunaux d'une autre province peuvent néanmoins se saisir d'une affaire sur la base d'un lien réel et substantiel. La question de la territorialité s'est présentée à nouveau dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, où notre Cour s'est demandée si une loi québécoise interdisant la communication à l'extérieur de la province de tout document relatif à une entreprise commerciale située au Québec était *ultra vires* parce qu'elle portait sur une matière de nature extraprovinciale ou qu'elle était constitutionnellement inapplicable aux procédures judiciaires se déroulant dans une autre province. Dans l'arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, notre Cour a examiné la question de savoir quel droit doit régir les affaires dans lesquelles des intérêts situés dans plusieurs ressorts sont en jeu, en particulier lorsqu'il s'agit d'accidents d'automobile touchant des résidents de provinces différentes. Les principes élaborés dans les arrêts *Hunt* et *Tolofson* ne sont pas toutefois d'un grand secours dans le présent pourvoi, puisque nous sommes en présence d'une affaire d'acquiescement à la compétence des tribunaux, dans le contexte d'un conflit entre assureurs. En l'espèce, le problème tient au fait que les parties ne s'entendent ni sur les effets à donner au formulaire P&E ni sur la question de savoir si la signature de ce document constitue un acquiescement à la compétence des tribunaux et des lois de l'Ontario. Préalablement, toutefois, il faut se demander si ces diverses questions doivent être tranchées par un juge d'une cour supérieure ou, comme l'a décidé la Cour d'appel de l'Ontario, par un arbitre.

Dans ses motifs, la Cour d'appel a invoqué le paragraphe A du formulaire P&E, soit l'engagement à comparaître, et le fait que la conclusion du juge des motions selon laquelle l'Ontario est un *forum non conveniens* serait incompatible avec les dispositions de la *Loi sur les assurances* de cette province. L'appelante, ICBC, prétend que s'il existe quelque doute quant à l'application de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario ou au choix de l'Ontario en tant que forum approprié, il n'appartient pas à l'arbitre

application is questioned. The appellant submits that Ontario's *Arbitration Act, 1991* does not confer exclusive jurisdiction on an arbitrator to construe legislation to determine its constitutional applicability. It argues that a party should not be required to submit to a tribunal whose fundamental existence, authority and jurisdiction are challenged, but should be able to first ask a court of justice to rule on this important threshold question.

121 The respondent, Unifund, agrees with the Court of Appeal that the determination of the preliminary question of whether an insurer is an insurer within the meaning of s. 275 of the Ontario *Insurance Act* should be made in the first instance by an arbitrator. It argues that the characterization of this issue by the appellant as jurisdictional and constitutional does not transform the nature of the inquiry or remove from the arbitrator the power to make such a decision. The respondent submits that the mandatory arbitration clause in s. 275(4) of the Act confers exclusive jurisdiction on an arbitrator to deal with all the issues raised by the appellant, in the first instance.

122 I think that the first issue presented to the applications judge was that of jurisdiction *simpliciter*, and that in any event he was required to deal with it before addressing the question of *forum conveniens*. Even though it may be difficult to perfectly isolate these two issues of jurisdiction, I am of the view that the Court of Appeal could not decide to submit the whole matter to an arbitrator without inferentially deciding that the Ontario *Insurance Act* applied. The reason for this is that the appointment of the arbitrator depends on the application of s. 275 of the Ontario *Insurance Act*. With respect, I find the decision of the Court of Appeal inconsistent as it orders the appointment of an arbitrator while remitting to this same arbitrator the question of whether or not his or her jurisdiction is constitutional.

nommé en vertu de la loi même dont l'application est contestée de dissiper ce doute. L'appelante affirme que la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario ne donne pas à l'arbitre compétence exclusive pour interpréter les lois en vue de statuer sur leur applicabilité au regard de la Constitution. L'appelante plaide qu'une partie ne devrait pas être tenue de s'en remettre à un tribunal administratif dont on conteste l'existence, l'autorité et la compétence fondamentales, sans d'abord pouvoir demander à un tribunal judiciaire de se prononcer sur cette importante question préliminaire.

L'intimée, Unifund, fait sienne l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer en première instance sur la question préliminaire de savoir si l'assureur est un assureur au sens de l'art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. L'intimée, Unifund, prétend que le fait pour l'appelante de qualifier cette question préliminaire de question de compétence et de constitutionnalité n'a pas pour effet de transformer la nature de l'examen et d'enlever à l'arbitre le pouvoir de prendre une telle décision. Elle soutient que la clause d'arbitrage obligatoire prévue au par. 275(4) de la Loi confère à l'arbitre compétence exclusive pour statuer, en première instance, sur toutes les questions soulevées par l'appelante.

J'estime que la première question présentée au juge des motions était celle de la simple reconnaissance de compétence et que, quoi qu'il en soit, il n'avait d'autre choix que de l'examiner avant d'aborder celle du *forum conveniens*. Bien qu'il puisse être difficile de dissocier complètement ces deux questions de compétence, je suis d'avis que la Cour d'appel ne pouvait décider que toute l'affaire relevait de l'arbitre sans implicitement conclure à l'application de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. Cette opinion repose sur le fait que la nomination de l'arbitre dépend de l'application de l'art. 275 de cette loi. En toute déférence, la décision de la Cour d'appel est, selon moi, illogique, puisqu'elle ordonne la nomination d'un arbitre tout en laissant à celui-ci le soin de statuer sur la constitutionnalité de sa compétence.

The argument that an arbitrator is mandated to decide questions of law and therefore must do so before these questions are to be decided by a court of justice is not persuasive in this case because of the very nature of the appellant's claim, namely that the Ontario legislation imposing arbitration is constitutionally inapplicable. I fail to see how an arbitrator can have any jurisdiction if the procedure under which he or she is empowered to decide questions of law is *ultra vires* the legislature. This reasoning is consistent with the principles that govern the *Model Law on International Commercial Arbitration*, adopted by the United Nations Commission on International Trade Law in 1985, on which the Ontario *Arbitration Act, 1991* is based. The former's Article 8(1) reads:

A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

The territorial application of the Ontario *Insurance Act* is an issue that is distinct from those considered in cases dealing with the power of administrative tribunals to determine their own jurisdiction. This is, in my opinion, consistent with the opinion of La Forest J. in *Morguard, supra*, at pp. 1099-1100:

The Canadian judicial structure is so arranged that any concerns about differential quality of justice among the provinces can have no real foundation. All superior court judges — who also have superintending control over other provincial courts and tribunals — are appointed and paid by the federal authorities. And all are subject to final review by the Supreme Court of Canada, which can determine when the courts of one province have appropriately exercised jurisdiction in an action and the circumstances under which the courts of another province should recognize such judgments.

The same point is made forcefully in *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147, at pp. 162-63.

L'argument voulant que comme l'arbitre a le mandat de trancher les questions de droit et qu'il doit en conséquence se prononcer sur celles-ci avant qu'un tribunal judiciaire puisse le faire n'est pas convaincant en l'espèce, vu la nature même de la prétention de l'appelante, savoir que la loi ontarienne imposant l'arbitrage est constitutionnellement inapplicable. Je ne vois pas comment l'arbitre peut disposer de quelque compétence que ce soit si la procédure l'autorisant à trancher des questions de droit excède les pouvoirs de la législature. Ce raisonnement est compatible avec les principes qui régissent la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* adoptée en 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, dont est inspirée la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* de l'Ontario. Le paragraphe 8(1) de la *Loi type* est rédigé ainsi :

Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

L'application territoriale de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario est une question distincte de celles examinées dans les affaires portant sur le pouvoir de tribunaux administratifs de statuer sur leur propre compétence. À mon avis, ce point de vue concorde avec l'opinion exprimée par le juge La Forest dans l'arrêt *Morguard*, précité, p. 1099-1100 :

Le système judiciaire canadien est organisé de telle manière que toute crainte de différence de qualité de justice d'une province à l'autre ne saurait être vraiment fondée. Tous les juges de cour supérieure — qui ont également un pouvoir de contrôle sur d'autres tribunaux judiciaires et administratifs provinciaux — sont nommés et rémunérés par les autorités fédérales. De plus, toutes les cours de justice sont sujettes à l'examen en dernier ressort de leurs décisions par la Cour suprême du Canada qui peut décider si les cours d'une province ont à bon droit exercé leur compétence dans une action et dans des circonstances où les cours d'une autre province devraient reconnaître ces jugements.

Cette même idée est énoncée de façon convaincante dans l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, p. 162-163.

B. *Jurisdiction simpliciter*

124

The first issue to be decided is therefore that of jurisdiction *simpliciter*. *Morguard* determined that, given considerations of comity, the exercise of extraterritorial jurisdiction depends on the existence of a real and substantial connection to the forum that assumed jurisdiction and gave judgment. In *Hunt*, *supra*, at pp. 324-28, the Court gave these considerations the force of constitutional principles, acknowledging that their meaning and limits had not been fully defined. In *Spar Aerospace*, *supra*, at para. 52, LeBel J., for a unanimous Court, insisted that a flexible approach is to be adopted when the “real and substantial connection” criterion is applied, finding support in La Forest J.’s discussion in *Morguard*, at p. 1106 (thereby agreeing with Dickson J.’s approach in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, at pp. 408-9) of the requisite “inherently reasonable” character of any finding of jurisdiction. Later, at para. 56 of *Spar Aerospace*, LeBel J. is of the opinion that each ground listed at art. 3148(3) of the *Civil Code of Quebec*, namely fault, injurious act, damage and contract, taken on its own, is an example of a real and substantial connection between a province and an action for the purposes of jurisdiction *simpliciter*. Approving a number of cases where damage suffered in a province was judged sufficient to establish a real and substantial connection (in the majority of cases, enabling the plaintiff’s chosen forum to assume jurisdiction), he concludes that a broad basis for jurisdiction, based on a less stringent real and substantial connection, is all the more favourable where inappropriate exercises of jurisdiction can be moderated by way of the application of the doctrine of *forum non conveniens*: *Spar Aerospace*, at paras. 58-61.

B. *La simple reconnaissance de compétence*

La première question à trancher est donc celle de la simple reconnaissance de compétence. Dans l’arrêt *Morguard*, il a été jugé que, pour des raisons de courtoisie judiciaire, l’exercice d’une compétence extraterritoriale dépend de l’existence d’un lien réel et substantiel avec le tribunal qui s’est déclaré compétent et qui a rendu jugement. Aux pages 324 à 328 de l’arrêt *Hunt*, précité, notre Cour a donné à ces considérations une valeur de principe constitutionnel, tout en reconnaissant qu’elle n’avait pas entièrement fixé leur sens et leurs limites. Exprimant l’opinion unanime de notre Cour dans l’arrêt *Spar Aerospace*, précité, le juge LeBel a souligné, au par. 52, qu’il fallait faire montre de souplesse dans l’application du critère du « lien réel et substantiel ». Le juge LeBel a invoqué à cet égard les propos tenus par le juge La Forest à la p. 1106 de l’arrêt *Morguard* (et souscrit par le fait même à la démarche retenue par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, p. 408-409), relativement à la condition exigeant que toute décision concluant à la compétence soit « intrinsèquement raisonnable ». Plus loin, au par. 56 de l’arrêt *Spar Aerospace*, le juge LeBel estime que les divers éléments énumérés au par. 3148(3) du *Code civil du Québec* — faute, fait dommageable, préjudice et contrat — sont autant d’exemples de lien réel et substantiel entre une province et une action pour l’application du critère de la simple reconnaissance de compétence. Approuvant un certain nombre de décisions dans lesquelles les tribunaux ont jugé que le préjudice subi dans une province était suffisant pour établir l’existence d’un lien réel et substantiel (ce qui, dans la majorité des cas, a permis au tribunal choisi par le demandeur de se déclarer compétent), le juge LeBel conclut que la reconnaissance d’une large assise juridictionnelle, découlant d’une application moins stricte du critère du lien réel et substantiel, est d’autant plus avantageuse lorsqu’il est possible de réduire les acceptations inappropriées de compétence par l’application de la doctrine du *forum non conveniens* : *Spar Aerospace*, par. 58-61.

125

Obviously, jurisdiction *simpliciter* and *forum non conveniens* are related and the factors determining

Il existe manifestement un lien entre les notions de simple reconnaissance de compétence et de

the latter inquiry will overlap with those applicable in the former. Nevertheless, the jurisdictional issue is a legal rule, not a discretionary one, as pointed out by Sharpe J.A. for a unanimous Court of Appeal for Ontario in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20, at para. 43. The first jurisdictional inquiry consists in establishing whether there exists a sufficient connection between the forum and the action, not whether the said connection is stronger than those existing between the action and other forums. The jurisdiction *simpliciter* inquiry is one based on order, fairness and efficiency in the context of the needs of modern federalism.

In *Muscutt*, Sharpe J.A. held at para. 53 that Ontario's Rule 17.02(h) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, which permits service outside Ontario, is a procedural device that is constitutionally valid and does not interfere with the ability of the party served to move to set aside the service or stay the proceeding. The Court of Appeal held that personal jurisdiction is not a necessary component to establish jurisdiction *simpliciter*, but that a substantial connection to the subject matter of the litigation will suffice. This, I believe, is consistent with this Court's reasons in *Spar Aerospace*. I note, however, that several trial level decisions, perhaps finding inspiration in the American "minimum contacts" doctrine, have made of contact between the defendant and the forum a *de facto* prerequisite for the assumption of jurisdiction *simpliciter*: *Muscutt*, at paras. 59-62; see for instance: *Long v. Citi Club*, [1995] O.J. No. 1411 (QL) (Gen. Div.), at para. 7, *Brookville Transport Ltd. v. Maine* (1997), 189 N.B.R. (2d) 142 (Q.B.), at para. 23; *Negrych v. Campbell's Cabins (1987) Ltd.*, [1997] 8 W.W.R. 270 (Man. Q.B.), at para. 6. I do not endorse this reasoning. Indeed, it was rejected by more than one court of appeal, including that of Ontario (*Muscutt*, at para. 74; *McNichol Estate v. Woldnik* (2001), 150 O.A.C. 68, at paras. 12-16), of Nova Scotia (*Oakley v. Barry* (1998), 158 D.L.R. (4th) 679, at pp. 691-92 and 698-99; *O'Brien v. Canada (Attorney General)* (2002), 210

forum non conveniens, et les facteurs déterminants dans le deuxième cas recouper ceux applicables dans le premier. Néanmoins, la détermination de la compétence commande l'application d'une règle de droit impérative, et non d'une règle discrétionnaire, comme l'a fait remarquer, au par. 43 de l'arrêt *Muscutt c. Courcelles*, (2002), 60 O.R. (3d) 20, le juge Sharpe, qui exprimait alors la décision unanime de la Cour d'appel de l'Ontario. Le premier volet de cette détermination consiste à se demander s'il existe un lien suffisant entre le tribunal et l'action, et non si ce lien est plus solide que ceux qui existent entre l'action et d'autres forums. L'examen de la simple reconnaissance de compétence repose sur des considérations relatives à l'ordre, à l'équité et l'efficacité, dans le contexte des besoins du fédéralisme moderne.

Au paragraphe 53 de l'arrêt *Muscutt*, le juge Sharpe a conclu que l'al. 17.02h) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, lequel autorise la signification à l'extérieur de l'Ontario, est un mécanisme procédural constitutionnellement valide, qui n'empêche pas la partie qui reçoit signification de présenter une motion pour faire annuler la signification ou suspendre l'instance. La Cour d'appel a jugé que l'assujettissement personnel n'est pas un élément requis pour établir la simple reconnaissance de compétence, et qu'un lien substantiel avec l'objet du litige suffit. Ce raisonnement est, à mon avis, compatible avec les motifs exposés par notre Cour dans l'arrêt *Spar Aerospace*. Je tiens toutefois à signaler que plusieurs décisions de première instance, s'inspirant peut-être de la doctrine américaine des [TRADUCTION] « liens minimaux », ont fait du lien entre le défendeur et le tribunal un préalable à la simple reconnaissance de compétence : *Muscutt*, par. 59-62; voir, par exemple : *Long c. Citi Club*, [1995] O.J. No. 1411 (QL) (Div. gén.), par. 7; *Brookville Transport Ltd. c. Maine* (1997), 189 R.N.-B. (2^e) 142 (B.R.), par. 23; *Negrych c. Campbell's Cabins (1987) Ltd.*, [1997] 8 W.W.R. 270 (B.R. Man.), par. 6. Je ne peux souscrire à ce raisonnement. De fait, plusieurs cours d'appel l'ont rejeté, dont celle de l'Ontario (*Muscutt*, par. 74; *McNichol Estate c. Woldnik* (2001), 150 O.A.C. 68, par. 12-16), de la Nouvelle-Écosse (*Oakley c. Barry* (1998), 158 D.L.R. (4th) 679, p. 691-692 et

D.L.R. (4th) 668, at paras. 20-21), and of British Columbia (*Pacific International Securities Inc. v. Drake Capital Securities Inc.* (2000), 194 D.L.R. (4th) 716, at paras. 15-17; *Cook v. Parcel, Mauro, Hultin & Spaanstra, P.C.* (1997), 143 D.L.R. (4th) 213, at para. 20). In any event, I agree with Sharpe J.A.'s conclusion on the preferability of an approach broader than personal subjection and his approval of G. D. Watson and F. Au's position in "Constitutional Limits on Service *Ex Juris*: Unanswered Questions from *Morguard*" (2000), 23 *Advocates' Q.* 167, as explained at para. 73 of his reasons in *Muscutt*:

On the basis of these objections, Watson and Au conclude that the real and substantial connection test should be interpreted as requiring a connection either between the forum and the defendant or between the forum and the subject matter of the action. In their view, the defendant's connection with the forum should not determine the choice of forum. Rather, the defendant's connection should simply be a relevant factor to be weighed together with other factors.

127 The present appeal does not revolve around the question of attornment by simple admission of service; it is based on the meaning of the PAU with regard to the interconnectedness of the various provincial motor vehicle insurance regimes. This does not diminish the relevance to the determination of this appeal of the previous discussion of the requirement of a personal connection in establishing jurisdiction *simpliciter*, which is not required in the post-*Morguard* case law.

128 The appellant, ICBC, submits that as a matter of statutory interpretation, the Ontario *Insurance Act* does not apply to this case. The arbitration model endorsed by that Act is not engaged, it argues, because the appellant is not an "insurer" within the meaning of the Act as it is not licensed to, and does not in fact, carry on business in Ontario. Nothing in the Ontario *Insurance Act*, the appellant submits, can be construed as extending the Ontario loss-allocation scheme to non-resident insurers who do not insure Ontario residents and whose obligations

698-699; *O'Brien c. Canada (Attorney General)* (2002), 210 D.L.R. (4th) 668, par. 20-21) et de la Colombie-Britannique (*Pacific International Securities Inc. c. Drake Capital Securities Inc.* (2000), 194 D.L.R. (4th) 716, par. 15-17; *Cook c. Parcel, Mauro, Hultin & Spaanstra, P.C.* (1997), 143 D.L.R. (4th) 213, par. 20). Quoi qu'il en soit, à l'instar du juge Sharpe, j'estime qu'il faut préférer une théorie plus large que celle de l'assujettissement personnel et j'approuve la thèse défendue par G. D. Watson et F. Au dans « Constitutional Limits on Service *Ex Juris* : Unanswered Questions from *Morguard* » (2000), 23 *Advocates' Q.* 167, thèse qu'il explique en ces termes au par. 73 de l'arrêt *Muscutt* :

[TRANSLATION] Se fondant sur ces objections, Watson et Au concluent qu'il faut considérer que le critère du lien réel et substantiel requiert l'existence d'un lien entre le tribunal et le défendeur, ou entre le tribunal et l'objet de l'action. À leur avis, le lien qui existe entre le défendeur et le ressort ne devrait pas déterminer le choix du tribunal, il ne constitue qu'un facteur pertinent qui doit être soupesé avec d'autres.

Le présent pourvoi ne porte pas sur une question d'acquiescement à compétence par simple acceptation de la signification, mais plutôt sur la portée du formulaire P&E eu égard à l'interrelation des différents régimes provinciaux d'assurance automobile. Ce fait n'enlève rien à la pertinence, pour trancher le présent pourvoi, de l'analyse faite plus tôt relativement à la condition exigeant l'existence d'un lien personnel pour l'établissement de la simple reconnaissance de compétence, condition que ne requiert pas la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Morguard*.

L'appelante, ICBC, soutient que, selon les règles d'interprétation législative, la *Loi sur les assurances* de l'Ontario ne s'applique pas en l'espèce. Le modèle d'arbitrage retenu dans cette loi ne s'applique pas à elle, affirme l'appelante, parce qu'elle n'est pas un « assureur » au sens de la Loi, du fait qu'elle n'est pas autorisée à exercer ses activités en Ontario et qu'elle ne le fait d'ailleurs pas. Elle prétend que la *Loi sur les assurances* de l'Ontario n'a pas pour effet d'étendre l'application du régime provincial de répartition des pertes aux

arise from accidents outside Ontario. According to the appellant, the PAU does not alter the conclusion that Ontario law does not apply to the facts of this case. It submits that the object of the reciprocal scheme to which insurers in North America have subscribed is to protect insureds and those entitled to recover damages from them. The appellant therefore takes the position that the respondent's attempt to impose Ontario's loss allocation regime in a case arising out of an accident in British Columbia has nothing to do with the object of the PAU or of the reciprocal scheme. The appellant submits that the PAU does not include a general or comprehensive submission to the law of Ontario for all purposes and in all circumstances.

In the present case, the underlying tort claim is not a relevant factor in determining whether Ontario has jurisdiction *simpliciter*. What is relevant is the fact that the insurers, by signing the PAU, have recognized the interrelationship of insurance regimes across Canada and accepted that insurers in one province will sometimes be sued in other provinces. In my opinion it is therefore reasonably foreseeable that the appellant will sometimes have to appear in Ontario to defend an action brought in that jurisdiction as a result of an accident having occurred in British Columbia. The appellant is, at least notionally, an insurer in Ontario, or one carrying out business in that province. In fact, the appellant has facilitated service and agreed, in limited circumstances, not to raise certain defences in Ontario courts. I do not find it unfair that insurers involved in the interprovincial scheme underlying this appeal, and having accepted the risk of harm to extraprovincial parties to the agreement, be considered to have attorned to the jurisdiction of Ontario's courts. I think that all of the reasons justifying a widened jurisdiction in *Morguard* apply in this case. Most importantly, the demands of Canadian federalism strongly favour this result. I wish to clarify at this juncture that my conclusion does not interfere with the right of the appellant in this case to argue that Ontario is *forum*

assureurs de l'extérieur de la province qui n'assurent pas les résidents ontariens et dont les obligations résultent d'accidents survenus à l'extérieur de l'Ontario. Selon l'appelante, le formulaire P&E ne change rien à la conclusion que les lois ontariennes ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce. Elle fait valoir que le régime de réciprocité auquel les assureurs souscrivent en Amérique du Nord vise la protection des assurés et des personnes ayant le droit d'être indemnisées par ceux-ci. L'appelante estime en conséquence que le désir de l'intimée d'imposer un régime de répartition des pertes dans une affaire résultant d'un accident survenu en Colombie-Britannique n'a rien à voir avec l'objet du formulaire P&E ou du régime de réciprocité. Elle plaide que le formulaire P&E n'emporte pas assujettissement général ou total aux lois de l'Ontario à toutes fins et dans tous les cas.

En l'espèce, l'action principale en responsabilité délictuelle n'est pas un facteur pertinent pour simplement reconnaître compétence à l'Ontario. Sont pertinents, d'une part le fait que, en signant le formulaire P&E, les assureurs ont reconnu la connexité entre les régimes d'assurance au Canada, et d'autre part le fait qu'ils aient accepté que les assureurs d'une province puissent à l'occasion être poursuivis dans une autre. À mon avis, il est donc raisonnablement prévisible que l'appelante sera parfois tenue de comparaître en Ontario afin de se défendre contre une action intentée dans cette province à la suite d'un accident survenu en Colombie-Britannique. L'appelante est, en principe à tout le moins, assureur en Ontario ou un assureur exerçant des activités dans cette province. En fait, l'appelante a facilité la signification et a accepté, dans des cas limités, de ne pas plaider certains moyens de défense devant les tribunaux ontariens. Comme les assureurs qui participent au régime interprovincial à l'origine du présent pourvoi ont accepté le risque que des parties à l'accord venant d'autres provinces subissent un préjudice, il n'est pas injuste de considérer qu'ils ont acquiescé à la compétence des tribunaux ontariens. Je crois que toutes les raisons ayant justifié la reconnaissance d'une compétence élargie dans l'arrêt *Morguard* s'appliquent dans la présente affaire. Qui plus est, les exigences du fédéralisme canadien

non conveniens, or that the law of Ontario should not apply.

130 With respect, I cannot agree with the interpretation of Binnie J. that the phrase “respective Provinces or Territories” in the first paragraph of the PAU operates in a way that excludes the province of British Columbia from its reach. British Columbia is one of the respective provinces participating in the PAU interprovincial system. Given that, as indicated at the very top of the PAU, the appellant’s head office is in the city of North Vancouver in the province of British Columbia, it need not appoint the superintendent of insurance of that province to accept service of notice or process on its behalf. The province of British Columbia was crossed out in the PAU only with regard to the fact that the appellant is bound by the ordinary rules of service to respond to claims against it in British Columbia.

131 The appellant submits that the PAU is designed only to protect the insured and those entitled to recover damages from those insured, and does not constitute a general submission to jurisdiction by it. Submission to jurisdiction with regard to motor vehicle accidents entered into by its insured, the appellant argues, has nothing to do with the indemnification of insurers between themselves. Faced with a PAU whose wording, notably in paragraph A, is general, the appellant refers to s. 18 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act*, which speaks of its ability to execute such undertakings, in order to limit their scope. The appellant also alleges that the undertaking to appear in an action refers to an action properly instituted, and that its appearance is not to be interpreted as restricting its right to raise issues of jurisdiction. The respondent submits that a real and substantial link between Ontario and the action is established by the fact that it has paid SABs

militent fortement en faveur de ce résultat. J’aimerais toutefois préciser, à ce stade-ci de l’analyse, que ma conclusion ne porte pas atteinte au droit qu’a l’appelante, en l’espèce, de soutenir que l’Ontario est un *forum non conveniens*, ou que les lois ontariennes ne devraient pas s’appliquer.

En toute déférence, je ne peux souscrire à l’interprétation du juge Binnie, selon laquelle les mots [TRADUCTION] « province ou territoire concerné » figurant dans le premier paragraphe du formulaire P&E ont pour effet d’exclure la Colombie-Britannique du champ d’application de ce document. La Colombie-Britannique est l’une des diverses provinces qui participent au régime interprovincial. Compte tenu du fait que, comme il est indiqué au tout début du formulaire P&E, le siège de l’appelante est situé dans la ville de North Vancouver dans la province de Colombie-Britannique, l’appelante n’a pas besoin de désigner le surintendant des assurances de la Colombie-Britannique pour qu’il reçoive signification des avis ou actes de procédure. La seule raison pour laquelle le nom de la Colombie-Britannique a été biffé dans le formulaire P&E est le fait que l’appelante est liée par les règles ordinaires en matière de signification pour ce qui est des actions intentées contre elle en Colombie-Britannique.

L’appelante soutient que le formulaire P&E vise uniquement à protéger les assurés et les personnes ayant droit d’être indemnisées par ceux-ci, et qu’il n’emporte pas acquiescement général à la compétence des tribunaux des autres ressorts signataires. L’appelante prétend que l’acquiescement à compétence auquel a consenti son assuré en matière d’accidents d’automobile n’a aucun rapport avec l’indemnisation entre assureurs. Relativement à l’interprétation du formulaire P&E, document rédigé en termes généraux, particulièrement le paragraphe A, l’appelante se réfère à l’art. 18 de la loi intitulée *Insurance (Motor Vehicle) Act* de la Colombie-Britannique, qui précise sa capacité de prendre de tels engagements, afin de limiter la portée de ceux-ci. En outre, elle prétend que la promesse de comparaître vise les actions intentées de façon régulière, et que sa comparution ne doit pas être considérée comme ayant pour effet

to its insured pursuant to the Ontario *Insurance Act*, and that those payments will be deducted by the appellant from payments it owes to the respondent's insured. The respondent argues that the appellant is in fact carrying out business in Ontario, though it does not sell insurance products there, by the very fact that it has responsibilities with regard to insured persons there as a result of the PAU. It submits that the terms of the PAU are sufficiently broad to establish jurisdiction *simpliciter* because in signing this document the appellant appointed the Superintendent of Insurance of Ontario to accept service of notice or process on its behalf "with respect to an action or proceeding against it or its insured, or its insured and another or others, arising out of a motor-vehicle accident in any of the respective Provinces or Territories" (emphasis added). The respondent further submits that the appellant undertook "[t]o appear in any action or proceeding against it or its insured in any Province or Territory in which such action has been instituted and of which it has knowledge" (emphasis added).

I accept that s. 275 of the Ontario *Insurance Act*, the indemnification provision at issue in this appeal, is not directly related to the protection of the insured and those injured by them, or to facilitating the mobility of persons in Canada. That said, I do not think that it is reasonable, when deciding the issue of jurisdiction *simpliciter*, to enter into a piecemeal interpretation of the regime providing for the integration of insurance protection across Canada and to establish distinctions between benefits payable to the insured, on the one hand, and the indemnification of their insurers, on the other hand. I think it is interesting, when dealing with some claims coming under the PAU and others not, to note the similar holistic approach taken by Goudge J.A. in his analysis of jurisdiction *simpliciter* in *McNichol Estate*, *supra*, at paras. 11-13. There is no valid reason to

de restreindre son droit de soulever des questions de compétence. L'intimée affirme que l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'Ontario et l'action est établie du fait qu'elle a versé des indemnités d'accident légales à son assuré conformément à la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, et que l'appelante déduira ces sommes de celles qu'elle doit verser à l'assuré de l'intimée. Cette dernière soutient que, en réalité, l'appelante exerce des activités en Ontario, même si elle n'y vend pas de produits d'assurance, justement à cause des obligations qui lui incombent dans cette province, par l'effet du formulaire P&E, à l'égard des personnes assurées. Elle soutient que les termes du formulaire P&E sont suffisamment larges pour conclure à la simple reconnaissance de compétence parce qu'en signant ce document l'appelante a chargé le surintendant des assurances de l'Ontario d'accepter en son nom la signification d'avis ou d'actes de procédure [TRADUCTION] « relativement aux actions ou autres procédures intentées contre elle ou contre son assuré, ou contre son assuré et d'autres, par suite d'un accident d'automobile survenu dans quelque province ou territoire concerné » (je souligne). L'intimée prétend également que l'appelante s'est engagée « [à] comparaître à toute action ou autre procédure qui est intentée contre elle ou contre son assuré dans quelque province ou territoire et dont elle a connaissance » (je souligne).

Je reconnais que l'art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, la disposition relative à l'indemnisation en litige dans le présent pourvoi, ne vise pas directement à protéger les assurés et les personnes à qui ceux-ci causent préjudice, ni à faciliter la libre circulation des personnes au Canada. Cela dit, lorsqu'il s'agit de trancher la question de la simple reconnaissance de compétence, je ne crois pas qu'il soit raisonnable de s'engager dans une interprétation élément par élément d'un régime pourvoyant à l'intégration des garanties d'assurance en vigueur dans l'ensemble du Canada, et d'établir des distinctions entre les indemnités payables à l'assuré, d'une part, et l'indemnisation de leurs assureurs, d'autre part. Lorsqu'on examine des réclamations, dont certaines relèvent du formulaire P&E et d'autres non, il est intéressant, selon moi, de

give the PAU a restrictive interpretation at this point in order to overcome the principled approach developed in *Morguard*.

133

In light of the foregoing, wherein I accept that a link with the subject matter of the claim is sufficient to establish the jurisdiction *simpliciter* of a forum given the flexible approach that has been endorsed by this Court, I think that it is fair to say that there are a number of considerations which, taken together with the general language of the PAU, indicate that the appellant is subject to Ontario's jurisdiction. I accept the position of the respondent that the benefits it paid to an Ontario resident which were later deducted by the appellant, the general undertaking to appear by the appellant, and its limited undertaking not to present certain defences in Ontario actions, all militate in favour of a finding that jurisdiction *simpliciter* is made out. I also find the reasoning of Goudge J.A., for a unanimous Court of Appeal for Ontario in *Insurance Corp. of British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada*, [1999] I.L.R. ¶I-3705, to be applicable here. In that case, the trial judge had concluded at trial that the entitlement to indemnification found at s. 275(1) of the Ontario *Insurance Act* only applied to insurers responsible under s. 268(2) of the Act for the payment of SABs. The trial judge was of the opinion that s. 268 of the Act could only apply to contracts made in Ontario. The Court of Appeal disagreed and held at p. 5759 "that an extra-provincial insurer that has chosen to participate in the reciprocal scheme is obliged to pay those SABs mandated by s. 268(1) of the *Insurance Act* as if its policy were a valid Ontario motor vehicle liability policy. By filing the PAU, that insurer [in that case, ICBC] has undertaken to comply with the no-fault coverage required by s. 268(1) and (2)." The issue before us is not, at this stage, whether a different result was justified in *Royal Insurance* on the basis of the choice of law; it is that the integration of the provincial regimes is real and substantially made out by the obligation to pay SABs in another province under the PAU. As

souligner la démarche globale similaire qu'a adoptée le juge Goudge de la Cour d'appel de l'Ontario dans son analyse de la simple reconnaissance de compétence, aux par. 11 à 13 de l'arrêt *McNichol Estate*, précité. À ce stade-ci, il n'existe aucune raison valable d'interpréter restrictivement le formulaire P&E afin de surmonter l'approche fondée sur des principes élaborée dans l'arrêt *Morguard*.

À la lumière des paragraphes qui précèdent, dans lesquels j'admets que l'existence d'un lien avec l'objet de l'action suffit pour établir la simple reconnaissance de compétence d'un tribunal vu la démarche souple à laquelle a souscrit notre Cour, je pense qu'on peut légitimement dire qu'il existe un certain nombre de facteurs qui, conjugués aux termes généraux du formulaire P&E, indiquent que l'appelante est assujettie aux lois et tribunaux de l'Ontario. J'accepte la thèse de l'intimée selon laquelle tous les éléments suivants incitent à conclure à la simple reconnaissance de compétence : les indemnités que l'intimé a versées à un résident de l'Ontario et que l'appelante a ensuite déduites, la promesse générale de comparaître faite par l'appelante et son engagement limité de ne pas présenter certains moyens de défense dans les actions intentées en Ontario. En outre, j'estime que s'applique en l'espèce le raisonnement suivi par le juge Goudge, qui exprimait alors l'opinion unanime de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Insurance Corp. of British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada*, [1999] I.L.R. ¶I-3705. Dans cette affaire, le juge de première instance avait conclu que le droit à l'indemnisation prévu au par. 275(1) de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario ne s'appliquait qu'aux assureurs tenus de verser les indemnités d'accident légales en vertu du par. 268(2) de la Loi. Il était d'avis que l'art. 268 de la Loi ne pouvait s'appliquer qu'aux contrats conclus en Ontario. Ne partageant pas cet avis, la Cour d'appel a exprimé son désaccord et a conclu, à la p. 5759, [TRADUCTION] « qu'un assureur de l'extérieur de la province qui a choisi d'adhérer au régime de réciprocité est tenu de verser les indemnités d'accident légales prévues par le par. 268(1) de la *Loi sur les assurances*, au même titre que si sa police était une police ontarienne de responsabilité automobile valide. En déposant le formulaire P&E, cet assureur [ICBC dans cette affaire] s'est engagé à respecter la

mentioned earlier, the determination of jurisdiction *simpliciter* is a preliminary issue, distinct from the issues of *forum non conveniens* and choice of law. I reject the idea that the latter inquiries into *forum conveniens* and choice of law should have any influence over the determination of jurisdiction *simpliciter*. This is consistent with the approach taken by a unanimous Court of Appeal for Ontario in *Berg (Litigation guardian of) v. Farm Bureau Mutual Insurance Co.* (2000), 50 O.R. (3d) 109, and I think that it is the appropriate one.

Having found that jurisdiction *simpliciter* is established, I must decide whether the question of *forum non conveniens* should be decided by the court or remitted to an arbitrator, as ordered by the Court of Appeal. In my view, the same arguments that justify that a court of justice, not an arbitrator, decide the issue of jurisdiction *simpliciter* in this case apply to that of whether the former or the latter should determine whether there exists a more convenient forum in this case. The *forum non conveniens* inquiry is a preliminary one that must be raised at the earliest opportunity and its determination is necessary before the jurisdiction of an arbitrator can be effective in a case such as this.

C. *Review of the Decision on Forum Conveniens*

The Court of Appeal did not deal with this issue, holding that an arbitrator should first decide whether there was a clearly more appropriate forum for the action. The applications judge had decided to grant a stay on the basis that he was not satisfied that there

garantie d'assurance sans égard à la faute prescrite par les par. 268(1) et (2). » La question que nous devons trancher à ce stade-ci n'est pas de savoir si le choix du droit applicable aurait justifié un résultat différent dans l'arrêt *Royal Insurance*, mais de savoir si l'intégration des régimes provinciaux est réalisée de façon réelle et substantielle par l'obligation, prévue par le formulaire P&E, de verser les indemnités d'accident légales dans une autre province. Comme je l'ai mentionné plus tôt, la simple reconnaissance de compétence est une question préliminaire, distincte des questions touchant le *forum non conveniens* et le choix du droit applicable. Je rejette l'idée que les analyses concernant ces questions devraient influencer d'une manière ou d'une autre sur la décision relative à la simple reconnaissance de compétence. Cette conclusion est conforme à la démarche adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt unanime *Berg (Litigation guardian of) c. Farm Bureau Mutual Insurance Co.* (2000), 50 O.R. (3d) 109, démarche qui est à mon avis celle qu'il convient d'appliquer.

Ayant conclu à la simple reconnaissance de compétence, je dois maintenant décider si la question du *forum non conveniens* doit être tranchée par un tribunal judiciaire ou être renvoyée à un arbitre conformément à l'ordonnance de la Cour d'appel. À mon sens, les arguments justifiant qu'un tribunal judiciaire, et non un arbitre, statue sur la question de la simple reconnaissance de compétence dans la présente affaire s'appliquent également à la question de savoir si le tribunal ou l'arbitre doit décider s'il existe un autre tribunal plus approprié en l'espèce. La question du *forum non conveniens* est une question préliminaire qui doit être soulevée à la première occasion et tranchée avant que l'arbitre puisse avoir effectivement compétence dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis.

C. *Contrôle de la décision relative au forum conveniens*

La Cour d'appel ne s'est pas penchée sur cette question, estimant plutôt qu'un arbitre devait d'abord décider s'il existait un autre tribunal nettement plus approprié pour connaître de l'action. Quant au juge des motions, il avait décidé de

134

135

would result a loss of a juridical advantage to the respondent, that s. 275 of the Ontario *Insurance Act* was not meant to deal with issues arising in the context of an interprovincial scheme, and that the underlying dispute between the parties was a civil action in British Columbia concerning an automobile accident that occurred in that province.

136

The appellant submits that British Columbia has clearly been established as the “natural forum” for the determination of the respondent’s indemnification claim because all of the facts giving rise to the claim, and all legal proceedings resulting from those facts, occurred in British Columbia. It adds that British Columbia courts are quite capable of deciding which law applies and of applying the law of another province, should it be necessary to do so. The respondent replies that the applications judge incorrectly applied the onus of proof by not requiring that the appellant show that British Columbia is clearly the more appropriate forum, and by only requiring that the respondent prove that it would suffer the loss of a juridical advantage if the action were stayed. The other factors that should have been considered, the respondent submits, are the fact that its insureds, the Brennans, are residents of Ontario, the fact that the SABs were paid in Ontario under the terms of a contract concluded in that province, that the right of indemnification arises in Ontario under Ontario law, that the key documents and witnesses required to determine the claimed right to indemnification are in Ontario, that the right of indemnification is unconnected to the tort action in British Columbia, that the appellant, in signing the PAU, appointed the Superintendent of Insurance of Ontario as agent of service and undertook to appear in any action or proceeding against it, and that the respondent is not a licensed insurer in British Columbia.

surseoir à l’instance en Ontario pour les motifs suivants : il n’était pas convaincu que cette décision ferait perdre à l’intimée un avantage juridique; l’art. 275 de la *Loi sur les assurances* de l’Ontario n’a pas pour objet de régler des questions se soulevant dans le cadre d’un régime interprovincial; le fond du différend entre les parties est une action civile intentée en Colombie-Britannique par suite d’un accident d’automobile survenu dans cette province.

L’appelante prétend qu’il a clairement été établi que la Colombie-Britannique est le « ressort naturel » pour connaître de la demande d’indemnisation de l’intimée, étant donné que tous les faits à l’origine de la réclamation sont survenus dans cette province et que toutes les procédures judiciaires en découlant y ont été intentées. Elle ajoute que les tribunaux de la Colombie-Britannique sont parfaitement capables de déterminer quel est le droit applicable et, au besoin, d’appliquer celui d’une autre province. L’intimée répond que le juge des motions a mal appliqué le fardeau de la preuve, du fait qu’il n’a pas obligé l’appelante à démontrer que la Colombie-Britannique était clairement le ressort le plus approprié, mais s’est plutôt contenté d’exiger que l’intimée prouve qu’elle perdrait un avantage juridique s’il ordonnait la suspension de l’instance. Selon l’intimée, les autres facteurs dont il aurait fallu tenir compte sont les suivants : Les Brennan, ses assurés, sont des résidents de l’Ontario; les indemnités d’accident légales ont été versées en Ontario en vertu d’un contrat conclu dans cette province; le droit à l’indemnisation prend sa source en Ontario en vertu des lois de cette province; les documents et les témoins importants nécessaires pour décider du droit à l’indemnisation revendiqué se trouvent en Ontario; le droit à l’indemnisation n’a aucun lien avec l’action en responsabilité délictuelle intentée en Colombie-Britannique; en signant le formulaire P&E, l’appelante a confié au surintendant des assurances de l’Ontario la responsabilité de recevoir signification des actes de procédure et autres documents et elle s’est engagée à comparaître à toute action ou autre procédure intentée contre elle; l’intimée n’est pas un assureur autorisé à exercer ses activités en Colombie-Britannique.

I agree with the respondent that the proper test to a *forum non conveniens* inquiry is to ask whether the existence of a more appropriate forum has been clearly established to displace the forum selected by the plaintiff: *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, at pp. 920-21; affirmed by the Court in *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at para. 89. If neither forum is clearly more appropriate, the domestic forum wins by default: *Amchem*, at p. 931. The application of the balance of convenience by the applications judge constituted an error of law since "a party whose case has a real and substantial connection with a forum has a legitimate claim to the advantages that that forum provides": *Amchem*, at p. 920.

With regard to the loss of a juridical advantage, I am of the view that, in staying the proceedings in part because he was not satisfied that there would result a loss of a juridical advantage to the respondent, the applications judge established an unduly high threshold. As the Court explained in *Amchem*, at p. 920:

The weight to be given to juridical advantage is very much a function of the parties' connexion to the particular jurisdiction in question . . . [A] party whose case has a real and substantial connection with a forum has a legitimate claim to the advantages that that forum provides. The legitimacy of this claim is based on a reasonable expectation that in the event of litigation arising out of the transaction in question, those advantages will be available. [Emphasis added.]

Put another way, all that a party has to show is "a fair possibility of gaining an advantage by prosecuting the action in the desired jurisdiction": *Avenue Properties Ltd. v. First City Development Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40 (B.C.C.A.), at pp. 46-47. Given the respondent's real and substantial connection to Ontario, I am of the view that it has a legitimate claim to, and it is reasonable to expect that it will, take advantage of the interinsurer indemnification scheme which Ontario provides. There is a fair possibility that the respondent will gain an advantage by prosecuting the action in Ontario. Other

À l'instar de l'intimée, j'estime que le critère applicable pour décider si le tribunal choisi par le demandeur à l'action est un *forum non conveniens* consiste à se demander si on a clairement établi l'existence d'un tribunal plus approprié : *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, p. 920-921; opinion confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, par. 89. Lorsqu'aucun des tribunaux n'est clairement le plus approprié, le tribunal interne l'emporte *ipso facto* : *Amchem*, p. 931. Le juge des motions a commis une erreur de droit en appliquant le critère de la prépondérance des inconvénients, puisque « la partie dont la demande a un lien réel et important avec un ressort peut légitimement faire valoir les avantages qu'elle peut en retirer » : *Amchem*, p. 920.

Pour ce qui est de la perte d'un avantage juridique, j'estime que le juge des motions a appliqué un critère excessivement exigeant lorsqu'il a sursis à l'instance, en partie parce qu'il n'était pas convaincu que l'intimée perdrait un avantage juridique. Comme l'a expliqué notre Cour dans l'arrêt *Amchem*, p. 920 :

Le poids à accorder à un avantage juridique dépend grandement du lien des parties avec le ressort en question. [. . .] [L]a partie dont la demande a un lien réel et important avec un ressort peut légitimement faire valoir les avantages qu'elle peut en retirer. La légitimité de sa demande repose sur l'attente raisonnable qu'en cas de litige découlant de l'opération en cause, elle pourra se prévaloir de ces avantages. [Je souligne.]

En d'autres termes, la partie n'a qu'à démontrer qu'elle possède de [TRADUCTION] « bonnes chances d'obtenir un avantage en poursuivant l'action dans le ressort désiré » : *Avenue Properties Ltd. c. First City Development Corp.* (1986), 32 D.L.R. (4th) 40 (C.A.C.-B.), p. 46-47. En raison du lien réel et substantiel que l'intimée possède avec l'Ontario, je suis d'avis qu'elle peut légitimement faire valoir les avantages qu'elle peut tirer du régime d'indemnisation réciproque de l'Ontario, et qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'elle les fasse valoir. L'intimée a de bonnes chances d'obtenir un avantage en

factors also matter: consideration must be given to matters of public policy, where relevant, the places where the parties carry on their business, the convenience and expense of litigating in one place or the other, the discouragement of forum shopping (*Holt Cargo Systems*, at para. 91), as well as other relevant factors that may appear.

intentant l'action en Ontario. D'autres facteurs sont également importants : il faut tenir compte des considérations de politique générale pertinentes, de l'endroit où les parties exploitent leur entreprise, des aspects pratiques et financiers de la tenue du litige dans un endroit ou dans l'autre, de la nécessité de dissuader les parties de s'adonner à la recherche d'un tribunal favorable (*Holt Cargo Systems*, par. 91) et de tous les autres facteurs pertinents qui peuvent se présenter.

139 In my view, ICBC did not provide any evidence that British Columbia was clearly the more appropriate forum. It is totally irrelevant that the underlying action was launched in British Columbia, given the issues in the case at bar. This action is altogether independent of the one before the British Columbia court; it was started in Ontario on the basis of payments made under an insurance policy contracted in Ontario. Many factors previously mentioned link the parties to Ontario. Furthermore, the possibility of interinsurer indemnification is the product of an Ontario statutory regime. I would think that it is obvious that there is a juridical disadvantage to the respondent in having this action proceed in British Columbia. Obviously, both parties are concerned that the choice of the forum will have an impact on the choice of law. The question of the choice of law, in my view, is a separate issue and should be dealt with, in the first instance, by an arbitrator appointed pursuant to s. 275(4) of the Ontario *Insurance Act*, his or her decision being subject to appeal in the normal course of things.

À mon avis, ICBC n'a présenté aucune preuve établissant que la Colombie-Britannique était clairement le forum le plus approprié. Le fait que l'action principale ait été intentée dans cette province n'a aucune pertinence, vu les questions qui se soulèvent en l'espèce. La présente action est tout à fait indépendante de celle dont est saisi le tribunal de la Colombie-Britannique; elle a été introduite en Ontario, sur la base des paiements effectués en vertu d'une police d'assurance souscrite en Ontario. Bon nombre des facteurs mentionnés précédemment rattachent les parties à l'Ontario. De plus, la possibilité qu'il y ait indemnisation entre assureurs découle d'un régime législatif ontarien. Il est selon moi évident que l'intimée subira un désavantage juridique si l'action est entendue en Colombie-Britannique. Il est clair que les deux parties craignent que le choix du tribunal ait une incidence sur le choix du droit applicable. Cette question est à mon avis une question distincte, qui doit être tranchée en première instance par un arbitre nommé conformément au par. 275(4) de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, décision normalement susceptible d'appel.

D. *The Constitutional Issue*

D. *La question constitutionnelle*

140 I do not propose to deal at any length with the question of the permissible reach of Ontario's *Insurance Act*. In *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, the Court opined that valid provincial legislation can affect extra-provincial rights in an "incidental" manner. I am of the view that valid provincial laws can affect "matters" which are "sufficiently connected" to the province. See J.-G. Castel and J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5th ed. (loose-leaf)), at p. 2.1. In my view, the respondent has

Je n'entends pas examiner en profondeur la question de la portée que l'on peut donner à la *Loi sur les assurances* de l'Ontario. Dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, la Cour a émis l'opinion qu'une loi provinciale valide peut porter atteinte de façon « accessoire » à des droits extraprovinciaux. Je suis d'avis qu'une loi provinciale valide peut produire des effets sur des « matières » qui présentent un « lien suffisant » avec la province. Voir J.-G. Castel et J. Walker, *Canadian Conflict of Laws* (5^e

shown that the subject matter which the *Insurance Act* covers, interinsurer indemnification, falls within provincial jurisdiction and is sufficiently connected to Ontario so as to render the statute applicable to the ICBC.

VI. Disposition

I would dismiss the appeal, with costs, and affirm the decision of the Court of Appeal to refer the matter back to the applications judge to appoint an arbitrator under s. 10 of the *Arbitration Act, 1991*, to deal with the question of the choice of law and consider the substantive issues raised by the parties. The constitutional question should be answered in the negative.

APPENDIX

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8 (prior to amendment by S.O. 1996, c. 21)

Statutory accident benefits

268.—(1) Every contract evidenced by a motor vehicle liability policy, including every such contract in force when the *Statutory Accident Benefits Schedule* is made or amended, shall be deemed to provide for the statutory accident benefits set out in the *Schedule* and any amendments to the *Schedule*, subject to the terms, conditions, provisions, exclusions and limits set out in that *Schedule*.

Indemnification in certain cases

275.—(1) The insurer responsible under subsection 268(2) for the payment of statutory accident benefits to such classes of persons as may be named in the regulations is entitled, subject to such terms, conditions, provisions, exclusions and limits as may be prescribed, to indemnification in relation to such benefits paid by it from the insurers of such class or classes of automobiles as may be named in the regulations involved in the incident from which the responsibility to pay the statutory accident benefits arose.

Idem

(2) Indemnification under subsection (1) shall be made according to the respective degree of fault of each

éd. 2002 (feuilles mobiles)), p. 2.1. Selon moi, l'intimée a établi que la question traitée dans la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, soit l'indemnisation entre assureurs, est un sujet de compétence provinciale qui présente un lien suffisant avec l'Ontario pour que la loi en question s'applique à ICBC.

VI. Dispositif

Je rejetterais le pourvoi, avec dépens, et je confirmerais la décision de la Cour d'appel renvoyant l'affaire au juge des motions pour qu'il nomme, en vertu de l'art. 10 de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*, un arbitre chargé de trancher la question du choix du droit applicable et d'examiner les questions de fond soulevées par les parties. La question constitutionnelle devrait recevoir une réponse négative.

ANNEXE

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8 (avant sa modification par L.O. 1996, ch. 21)

Indemnités d'accident légales

268 (1) Chaque contrat constaté par une police de responsabilité automobile, y compris chaque contrat en vigueur au moment où est prise ou modifiée l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales*, est réputé prévoir les indemnités d'accident légales énoncées à l'*Annexe* et dans les modifications apportées à celle-ci, sous réserve des conditions, dispositions, exclusions et restrictions énoncées à cette *Annexe*.

Indemnisation dans certains cas

275 (1) L'assureur tenu de payer, aux termes du paragraphe 268(2), des indemnités d'accident légales à des catégories de personnes qui peuvent être nommées dans les règlements a droit, sous réserve des conditions, dispositions, exclusions et restrictions qui peuvent être prescrites, à une indemnisation, en ce qui concerne les indemnités qu'il a payées, de la part des assureurs d'une catégorie ou des catégories d'automobiles qui peuvent être nommées dans les règlements et qui étaient impliquées dans l'incident dont découle l'obligation de payer des indemnités d'accident légales.

Idem

(2) L'indemnisation visée au paragraphe (1) est effectuée en fonction du degré de responsabilité de l'assuré

insurer's insured as determined under the fault determination rules.

de chaque assureur tel qu'il est établi selon les règles de détermination de la responsabilité.

Arbitration

(4) If the insurers are unable to agree with respect to indemnification under this section, the dispute shall be resolved through arbitration under the *Arbitrations Act*.

Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17

Stay

7.—(1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

Exceptions

(2) However, the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:

3. The subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law.

8. . . .

Questions of law

(2) The arbitral tribunal may determine any question of law that arises during the arbitration; the court may do so on the application of the arbitral tribunal, or on a party's application if the other parties or the arbitral tribunal consent.

Appeal

(3) The court's determination of a question of law may be appealed to the Court of Appeal, with leave.

Appointment of arbitral tribunal

10.—(1) The court may appoint the arbitral tribunal, on a party's application, if,

Arbitrage

(4) Si les assureurs n'arrivent pas à s'entendre à l'égard de l'indemnisation visée au présent article, le différend est réglé par voie d'arbitrage aux termes de la *Loi sur l'arbitrage*.

Loi de 1991 sur l'arbitrage, L.O. 1991, ch. 17

Sursis

7 (1) Si une partie à une convention d'arbitrage introduit une instance à l'égard d'une question que la convention oblige à soumettre à l'arbitrage, le tribunal judiciaire devant lequel l'instance est introduite doit, sur la motion d'une autre partie à la convention d'arbitrage, surseoir à l'instance.

Exceptions

(2) Cependant, le tribunal judiciaire peut refuser de surseoir à l'instance dans l'un ou l'autre des cas suivants :

3. L'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario.

8 . . .

Questions de droit

(2) Le tribunal arbitral peut statuer sur toute question de droit qui est soulevée au cours de l'arbitrage. Le tribunal judiciaire peut également le faire à la requête du tribunal arbitral, ou à la requête d'une partie, si les autres parties ou le tribunal arbitral y consentent.

Appel

(3) La décision du tribunal judiciaire sur une question de droit peut faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel, sur autorisation de celle-ci.

Désignation du tribunal arbitral

10 (1) Le tribunal judiciaire peut désigner le tribunal arbitral, à la requête d'une partie, dans les cas suivants :

- (b) a person with power to appoint the arbitral tribunal has not done so after a party has given the person seven days notice to do so.

- b) une personne investie du pouvoir de désigner le tribunal arbitral n'a pas procédé à sa désignation après la remise par une partie d'un préavis de sept jours à cette fin.

No appeal

(2) There is no appeal from the court's appointment of the arbitral tribunal.

Désignation sans appel

(2) La désignation du tribunal arbitral par le tribunal judiciaire n'est pas susceptible d'appel.

. . .

. . .

Arbitral tribunal may rule on own jurisdiction

17.—(1) An arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction to conduct the arbitration and may in that connection rule on objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

Possibilité pour le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence

17 (1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence en matière de conduite de l'arbitrage et peut, à cet égard, statuer sur les objections relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

. . .

. . .

Declaration of invalidity of arbitration

48.—(1) At any stage during or after an arbitration, on the application of a party who has not participated in the arbitration, the court may grant a declaration that the arbitration is invalid because,

Déclaration de nullité de l'arbitrage

48 (1) À quelque étape que ce soit durant ou après un arbitrage, à la requête d'une partie qui n'a pas participé à l'arbitrage, le tribunal judiciaire peut, par jugement déclaratoire, déclarer nul l'arbitrage pour l'un des motifs suivants :

. . .

. . .

- (c) the subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law. . . .

- c) l'objet du différend ne peut faire l'objet d'un arbitrage aux termes des lois de l'Ontario. . .

Appeal allowed with costs, MAJOR, BASTARACHE and DESCHAMPS JJ. dissenting.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MAJOR, BASTARACHE et DESCHAMPS sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Fogler, Rubinoff, Toronto; Samis & Company, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Fogler, Rubinoff, Toronto; Samis & Company, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Harold Williams *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. WILLIAMS

Neutral citation: 2003 SCC 41.

File No.: 28873.

2002: December 3; 2003: September 18.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR**

Criminal law — Aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations with complainant during their 18-month relationship — Five months into relationship, accused learning he was HIV-positive but failing to disclose his HIV status to complainant — Complainant likely already infected before accused learned he was HIV-positive — Whether Crown can prove endangerment of complainant's life beyond reasonable doubt — Whether accused guilty of aggravated assault — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 268(1).

Criminal law — Attempted aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations with complainant during their 18-month relationship — Five months into relationship, accused learning he was HIV-positive but failing to disclose his HIV status to complainant — Whether accused guilty of attempted aggravated assault — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 24(1), 265(1)(a), 268(1), 660.

The complainant and W had an 18-month relationship beginning in June 1991. On November 15, 1991, W learned that he had recently tested positive for HIV. The complainant tested negative shortly thereafter. W

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Harold Williams *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. WILLIAMS

Référence neutre : 2003 CSC 41.

N° du greffe : 28873.

2002 : 3 décembre; 2003 : 18 septembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR**

Droit criminel — Voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — Plaignante probablement déjà infectée avant que l'accusé apprenne qu'il était séropositif — Le ministère public peut-il prouver hors de tout doute raisonnable que la vie de la plaignante a été mise en danger? — L'accusé est-il coupable de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 268(1).

Droit criminel — Tentative de voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — L'accusé est-il coupable de tentative de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 24(1), 265(1)a), 268(1), 660.

La plaignante et W ont eu une relation qui a débuté en juin 1991 et qui a duré 18 mois. Le 15 novembre 1991, W a appris le résultat positif d'un test de dépistage du VIH qu'il avait subi peu auparavant. La plaignante a

kept the complainant in the dark about his HIV condition as well as the fact that he had been tested. Although W was given counselling on at least three different occasions by two doctors and a nurse about HIV, its transmission, safer practices and his duty to disclose his HIV status to sexual partners, he continued to practise unprotected sex with the complainant. It was accepted that the complainant would never knowingly have had sex with an HIV-positive person. The relationship ended in November 1992 and she tested positive for HIV in April 1994. W has conceded that he infected the complainant with HIV. Similarly, the Crown has conceded that it is quite possible that W infected the complainant before learning of his positive status. At trial, W was convicted of aggravated assault and common nuisance. The Court of Appeal upheld the conviction for common nuisance but allowed the appeal against the conviction for aggravated assault, substituting therefor a conviction for attempted aggravated assault.

Held: The appeal should be dismissed.

Where, as here, the Crown alleges an offence predicated on an aggravating consequence, it must prove the consequence beyond a reasonable doubt. An accused who fails to disclose his HIV-positive status cannot be convicted of an aggravated assault endangering life in circumstances where the complainant could already have been HIV-positive. In such circumstances, however, W was properly convicted of attempted aggravated assault.

While W acted with a shocking level of recklessness and selfishness, the Crown could not show that sexual activity after November 15, 1991 harmed the complainant, or even exposed her to a significant risk of harm, because at that point she was possibly, and perhaps likely, already HIV-positive. W's acquittal on the charge of aggravated assault must therefore be affirmed. The *mens rea* of the offence had been proven beyond a reasonable doubt, but the Crown was unable to prove an essential element of the *actus reus*, namely that W's sexual conduct, after learning that he had tested positive for HIV, risked endangering the complainant's life. The medical evidence indicates that a single act of unprotected vaginal intercourse carries a significant risk of HIV transmission. It was therefore at least doubtful that the complainant was free of HIV infection on November 15, 1991 when W first discovered, then decided to conceal, his HIV status. The complainant tested negative for HIV shortly thereafter, although the expert evidence was that at that date she may well have been infected with HIV but not yet had

obtenu un résultat négatif peu après. W n'a pas révélé à la plaignante qu'il était séropositif, ni même qu'il avait subi un test. W, qui avait pourtant reçu de l'information de deux médecins et d'une infirmière à au moins trois occasions au sujet du VIH, de sa transmission, des précautions à prendre et de son devoir d'informer ses partenaires sexuels de son état, a continué à avoir des rapports sexuels non protégés avec la plaignante. Il est admis que la plaignante n'aurait jamais eu sciemment de relations sexuelles avec une personne séropositive. La relation a pris fin en novembre 1992 et la plaignante a obtenu un résultat positif à un test de dépistage du VIH en avril 1994. W a reconnu avoir transmis le VIH à la plaignante. De même, le ministère public a reconnu qu'il était bien possible que W ait infecté la plaignante avant d'apprendre qu'il était séropositif. En première instance, W a été déclaré coupable de voies de fait graves et de nuisance publique. La Cour d'appel a confirmé sa condamnation pour nuisance publique, mais elle a accueilli l'appel contre sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves, lui substituant une déclaration de culpabilité de tentative de voies de fait graves.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lorsque, comme en l'espèce, le ministère public porte une accusation fondée sur une conséquence aggravante, il doit prouver cette conséquence hors de tout doute raisonnable. La personne accusée qui ne révèle pas qu'elle est séropositive ne peut être déclarée coupable de voies de fait graves mettant la vie en danger lorsque la plaignante ou le plaignant pouvait déjà être porteur du VIH. En pareilles circonstances, W a toutefois été déclaré à juste titre coupable de tentative de voies de fait graves.

Bien que W ait fait preuve d'un degré d'insouciance et d'égoïsme révoltant, le ministère public n'a pas réussi à établir que l'activité sexuelle de la plaignante après le 15 novembre 1991 lui a causé un préjudice ou même qu'elle l'a exposée à un risque sérieux de préjudice, parce qu'il était possible, et peut-être probable, qu'elle fut déjà porteuse du VIH à ce moment. Il faut donc confirmer l'acquiescement de W à l'égard de l'accusation de voies de fait graves. La *mens rea* de cette infraction a été prouvée hors de tout doute raisonnable, mais le ministère public était incapable de prouver un élément essentiel de l'*actus reus*, savoir que le comportement sexuel de W, après qu'il a appris qu'il était séropositif, risquait de mettre la vie de la plaignante en danger. La preuve médicale indique qu'un seul rapport sexuel vaginal non protégé comporte un risque important de transmission du VIH. Il existe donc à tout le moins un doute qui empêche d'affirmer que la plaignante n'avait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991, au moment où W a découvert, puis décidé de ne pas révéler, qu'il était séropositif. Le test subi par la

time to develop the antibodies that would disclose her condition in the test.

To constitute a crime, the *actus reus* and the *mens rea* or intent must, at some point, coincide. Here, however, before November 15, 1991, there was an endangerment but no intent; after November 15, 1991, there was an intent but at the very least a reasonable doubt about the existence of any endangerment.

The focus of the crime of aggravated assault is on the nature of the consequences rather than on the nature of the assault. The same act of sexual assault by an HIV-positive accused would undoubtedly injure or put at risk many potential partners but if, because of a complainant's particular circumstances, there is a reasonable doubt that the complainant was put in harm's way by the assault charged, there is no aggravated assault. In this case, there was a reasonable doubt that the life of the complainant was capable of being endangered after November 15, 1991 by re-exposure to a virus that she had likely already acquired.

There is nothing in the evidence to suggest that the complainant, believing rightly or wrongly that she was HIV-free, consented to unprotected sexual intercourse with an HIV-positive partner. At all relevant times, the complainant believed that both she and W were HIV-free.

W stands properly convicted of attempted aggravated assault. The crime of attempt requires the Crown to establish the *mens rea* to commit the crime in question. The intent to commit the crime of aggravated assault is established for the period after November 15, 1991. As to the *actus reus*, failure to prove endangerment of life was fatal to the prosecution in this case of aggravated assault but it is not fatal to a conviction for attempted aggravated assault. Clearly, W took more than preparatory steps. He did everything he could to achieve the infection of the complainant by repeated acts of unprotected intercourse for approximately one year between November 15, 1991 and November 1992, when the relationship ended. The reasonable doubt about the timing of her actual infection was unknown to both partners. These facts, established in the evidence, are sufficient to prove the attempt.

plaignante peu de temps après s'est révélé négatif, bien que la preuve d'expert ait révélé qu'il se pouvait bien qu'elle ait déjà été infectée par le VIH à ce moment, mais qu'elle n'ait pas encore développé les anticorps permettant de détecter son état lors du test.

Pour qu'il y ait crime, à un moment donné, l'*actus reus* et la *mens rea* ou l'intention doivent coïncider. Ici, toutefois, il y a eu mise en danger sans intention avant le 15 novembre 1991 et, après cette date, il y a eu intention mais il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la mise en danger.

L'infraction de voies de fait graves met l'accent sur la nature des conséquences plutôt que sur la nature des voies de fait ou de l'agression. Le même acte d'agression sexuelle perpétré par un accusé séropositif pourrait sans aucun doute causer un préjudice à de nombreuses victimes potentielles ou les exposer à un risque, mais si, pour des raisons qui lui sont propres, il existe un doute raisonnable quant à savoir si une plaignante a été mise en péril par les voies de fait, il n'y a pas de voies de fait graves. En l'espèce, il existe un doute raisonnable quant à la possibilité que la vie de la plaignante ait pu être mise en danger après le 15 novembre 1991 par une nouvelle exposition à un virus dont elle était probablement déjà porteuse.

Aucun élément de preuve n'indique que la plaignante qui, à tort ou à raison, ne croyait pas avoir été contaminée par le VIH, a consenti à avoir des rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. Pendant toute la période pertinente, elle croyait que ni elle ni W n'étaient porteurs du VIH.

C'est à bon droit que W a été condamné pour tentative de voies de fait graves. L'infraction de tentative exige que le ministère public établisse la *mens rea* relative à la perpétration du crime en question. L'intention de commettre l'infraction de voies de fait graves a été établie quant à la période postérieure au 15 novembre 1991. En ce qui concerne l'*actus reus*, le défaut de prouver que la vie de la plaignante avait été mise en danger était fatal quant à l'accusation de voies de fait graves, mais non quant à celle de tentative de voies de fait graves. De toute évidence, W a accompli davantage que des actes préparatoires. Il a fait tout ce qu'il a pu pour infecter la plaignante en ayant des rapports sexuels non protégés répétés avec elle pendant environ un an, entre le 15 novembre 1991 et le moment où la liaison a pris fin, au mois de novembre 1992. Aucun des partenaires ne connaissait l'existence d'un doute raisonnable quant à la date à laquelle la plaignante a effectivement été infectée. Ces faits, établis par la preuve, sont suffisants pour prouver la tentative.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Godin*, [1994] 2 S.C.R. 484; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563; *R. v. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153; *R. v. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL); *R. v. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 24(1), 220, 221, 249(3), (4), 255(2), (3), 265, 267(b), 268, 271, 272(1)(c), 273(1), 430(2), 433(b), 463(a), 660.

Authors Cited

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "endanger".

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 1, 158 C.C.C. (3d) 523, [2001] N.J. No. 274 (QL), 2001 NFCA 52, upholding the accused's conviction for common nuisance and setting aside his conviction for aggravated assault, but substituting a conviction for attempted aggravated assault. Appeal dismissed.

Rachel Huntsman, for the appellant.

Derek J. Hogan, for the respondent.

Susan Chapman and *Dana Peterson*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The question raised in this appeal is whether an accused who fails to disclose that he is HIV-positive can be convicted of an aggravated assault endangering life by engaging in unprotected sex with a complainant who, at the time of the alleged assault, could herself have been infected with HIV.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563; *R. c. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153; *R. c. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL); *R. c. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 24(1), 220, 221, 249(3), (4), 255(2), (3), 265, 267(b), 268, 271, 272(1)(c), 273(1), 430(2), 433(b), 463(a), 660.

Doctrine citée

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, « *endanger* ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 1, 158 C.C.C. (3d) 523, [2001] N.J. No. 274 (QL), 2001 NFCA 52, qui a confirmé la condamnation de l'accusé pour nuisance publique et annulé sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves, lui substituant une déclaration de culpabilité de tentative de voies de fait graves. Pourvoi rejeté.

Rachel Huntsman, pour l'appelante.

Derek J. Hogan, pour l'intimé.

Susan Chapman et *Dana Peterson*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si un accusé qui n'a pas révélé qu'il était séropositif peut être déclaré coupable de voies de fait graves mettant la vie en danger pour avoir eu des rapports sexuels non protégés avec une plaignante qui, au moment de l'infraction alléguée, pouvait elle-même être porteuse du VIH.

2 The respondent acted with a shocking level of recklessness and selfishness. There is no doubt that he committed a criminal assault on the complainant, and further that he was guilty of an *attempted* aggravated assault (as well as common nuisance). However, as was noted by the majority in the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador, *aggravated* assault, as defined in s. 268(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is an offence based on proof of certain consequences. The courts below found, and the Crown admits, that there exists a reasonable doubt that the assault in question was *capable* of causing the life-threatening consequences alleged in the indictment. The Crown is therefore unable to establish the *actus reus* of that particular offence. Its appeal in that respect should therefore be dismissed.

I. Facts

3 During their sexual affair that lasted for approximately 18 months, which began when the complainant was 18 years old, the complainant and the respondent engaged in numerous acts of vaginal intercourse and occasional fellatio. Condoms were used on occasion; however, the complainant did not take the usual precautions against pregnancy because the respondent had told her that he had had a vasectomy.

4 The relationship began in June 1991. The Agreed Statement of Facts says that “soon after”, the sexual activity began. Unfortunately, there is no evidence about precisely when the first act of intercourse occurred, or the approximate frequency of sexual intercourse over the ensuing 18-month period.

5 Unknown to the complainant, the respondent attended a medical clinic in St. John’s for HIV testing on October 16, 1991. It seems his name was on a list of former partners provided by an individual who had tested HIV-positive, that is to say, was shown to be infected by the Human Immunodeficiency Virus. He was told on November 15, 1991 that he too had tested HIV-positive. He was given counselling on at least three different occasions by two doctors and

L’intimé a fait preuve d’un degré d’insouciance et d’égoïsme révoltant. Il est incontestable qu’il s’est livré à des voies de fait sur la personne de la plaignante et qu’il est coupable de *tentative* de voies de fait graves (et coupable de nuisance publique). Toutefois, comme l’a signalé à la majorité la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador, l’infraction de voies de fait *graves*, telle qu’elle est définie au par. 268(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige la preuve de certaines conséquences. Les tribunaux d’instance inférieure ont conclu, et le ministère public reconnaît, qu’un doute raisonnable subsiste quant à savoir si les voies de fait en cause *pouvaient* avoir pour conséquence de mettre la vie en danger comme l’alléguait l’acte d’accusation. Le ministère public est par conséquent incapable d’établir l’*actus reus* de cette infraction précise. Il y a donc lieu de rejeter son pourvoi à cet égard.

I. Les faits

Pendant leur liaison qui a duré environ 18 mois et au début de laquelle la plaignante était âgée de 18 ans, celle-ci et l’intimé ont eu de nombreux rapports sexuels vaginaux et ont parfois pratiqué la fellation. Ils utilisaient le condom à l’occasion, mais la plaignante ne prenait pas les précautions contraceptives habituelles car l’intimé lui avait dit qu’il avait subi une vasectomie.

Ils ont commencé à se fréquenter au mois de juin 1991. On peut lire dans l’exposé conjoint des faits qu’ils ont commencé à avoir des rapports sexuels [TRADUCTION] « peu après ». Malheureusement, la preuve n’indique pas précisément quand a eu lieu leur premier rapport sexuel ni la fréquence approximative de leurs rapports sexuels au cours des 18 mois qui ont suivi.

L’intimé s’est rendu dans une clinique médicale de St. John’s le 16 octobre 1991 pour y subir un test de dépistage du VIH, mais il n’en a rien dit à la plaignante. Son nom figurait, semble-t-il, sur une liste d’anciens partenaires fournie par une personne séropositive, c’est-à-dire dont un test avait révélé qu’elle avait été infectée par le virus de l’immunodéficience humaine. L’intimé a appris le 15 novembre 1991 qu’il était lui aussi séropositif.

a nurse about HIV, its transmission, safer practices and his duty to disclose his HIV status to sexual partners. The respondent says he was devastated by the result of the test, but chose to follow none of the recommended safer practices in his relationship with the complainant, whom he kept in the dark about his HIV condition. He provided the names of two past sexual partners to the public health authorities, but not the name of the complainant. In fact, as stated, the complainant did not know the respondent had been tested.

The complainant took an HIV test on November 20, 1991. We do not know who or what prompted this action. She tested negative for the virus and so informed the respondent. Their sexual relationship continued for another year, terminating for unrelated reasons in November 1992.

In the spring of 1994, the complainant attended a program called *Skills for Success*. A guest speaker spoke on the subject of HIV and AIDS. The complainant became concerned because she was displaying some of the symptoms of HIV infection that were mentioned by the guest lecturer. This prompted her to get a second test done. She was informed that she was HIV-positive on April 15, 1994.

When the complainant confronted the respondent with the result of her test, he repeatedly and falsely denied that he had ever tested positive for HIV.

When questioned as to whether she would have had sexual relations with the respondent had she known that he was HIV-positive, the complainant's response as recorded in the Agreed Statement of Facts was: "At any point in my life, no, I would not have had sex with somebody that's HIV-positive."

In the Agreed Statement of Facts, the respondent concedes that he "did infect [the complainant] with HIV". As to timing, the Crown conceded that "it is possible that [the respondent] infected [the

Deux médecins et une infirmière lui ont prodigué des conseils à au moins trois occasions au sujet du VIH, de sa transmission, des précautions à prendre et de son devoir d'informer ses partenaires sexuels de son état. L'intimé a déclaré que le résultat du test l'avait atterré, mais qu'il avait décidé, en ce qui concernait sa relation avec la plaignante — à qui il a caché qu'il était séropositif — de ne prendre aucune des précautions qui lui avaient été recommandées. Il a fourni aux autorités sanitaires le nom de deux anciennes partenaires sexuelles, mais il a tu celui de la plaignante. Comme il l'a été affirmé, la plaignante ignorait en fait que l'intimé avait subi des tests.

La plaignante s'est soumise à un test de dépistage du VIH le 20 novembre 1991. On ignore à l'instigation de qui ou pour quelle raison elle a subi ce test. Elle a obtenu un résultat négatif et en a informé l'intimé. Leur liaison s'est poursuivie pendant une autre année et elle a pris fin, pour d'autres raisons, au mois de novembre 1992.

Au printemps 1994, la plaignante a suivi le programme *Skills for Success*, qui comportait une conférence sur le VIH et le SIDA. Inquiète de ce qu'elle présentait quelques-uns des symptômes de l'infection à VIH énumérés par le conférencier invité, elle a décidé de subir un nouveau test de dépistage. Elle a appris qu'elle était séropositive le 15 avril 1994.

Lorsqu'elle l'a mis au courant du résultat de son test, l'intimé a menti en niant à plusieurs reprises avoir déjà obtenu un résultat positif à un test de dépistage du VIH.

Il appert de l'exposé conjoint des faits que, lorsqu'on lui a demandé si elle aurait eu des relations sexuelles avec l'intimé si elle avait su qu'il était séropositif, la plaignante a répondu : [TRADUCTION] « Jamais de la vie, je n'aurais pas eu de rapports sexuels avec quelqu'un de séropositif. »

Dans l'exposé conjoint des faits, l'intimé reconnaît [TRADUCTION] « avoir transmis le VIH [à la plaignante] ». Quant à savoir quand il le lui a transmis, le ministère public a convenu qu'il [TRADUCTION]

6

7

8

9

10

complainant] before learning of his positive status” (emphasis added).

A. *The Medical Evidence*

11 The Agreed Statement of Facts sets out, *inter alia*, the following attributes of HIV infection:

37. A single act of unprotected vaginal intercourse carries a significant risk of HIV transmission.

38. To date, there is no cure for HIV infection. The current approach to treatment is to use a combination of drugs to try and control the virus. Even with treatment, HIV infection can still lead to devastating illnesses with fatal consequences.

. . . .

40. Anti-body testing is still the primary way of testing for HIV. . . .

41. . . . between seventy to ninety percent of people develop the HIV antibodies within three months of infection. Ninety-nine point nine percent of people will test positive for the HIV antibodies within six months of infection. There have been some reports where it has taken up to a year and even one report that [it took] eighteen months.

12 Accordingly, at the time the respondent found out that he was HIV-positive, it is clear that he had already been a carrier of HIV for a significant period of time.

13 Equally, although the complainant tested negative for HIV shortly thereafter, she may well have been infected with HIV but not yet had time to develop the antibodies that would disclose her condition in the test.

14 It was therefore at least doubtful that the complainant was free of HIV infection at the time the respondent first discovered, and then concealed, his HIV status on November 15, 1991.

« est possible que [l’intimé] ait infecté [la plaignante] avant d’apprendre qu’il était séropositif » (je souligne).

A. *La preuve médicale*

L’exposé conjoint des faits énumère notamment les caractéristiques suivantes d’une infection à VIH :

[TRADUCTION]

37. Un seul rapport sexuel vaginal non protégé comporte un risque important de transmission du VIH.

38. À ce jour, l’infection à VIH est encore incurable. Le traitement actuel consiste à utiliser une combinaison de médicaments visant à tenir le virus en échec mais, même traitée, une infection à VIH peut entraîner des maladies dévastatrices aux conséquences fatales.

. . . .

40. C’est encore principalement par la détection des anticorps que se fait le dépistage du VIH. . .

41. . . . entre 70 et 90 pour 100 des personnes infectées développent des anticorps anti-VIH dans les trois mois suivant l’infection. Dans les six mois suivant l’infection, les tests indiqueront la présence d’anticorps dans 99,9 pour 100 des cas. Certains rapports indiquent que l’apparition d’anticorps peut prendre un an, et un rapport fait même état d’une période de 18 mois.

Par conséquent, lorsque l’intimé a découvert qu’il était séropositif, il est clair qu’il était déjà porteur du VIH depuis un bon moment.

De la même façon, même si le test subi par la plaignante peu de temps après s’est révélé négatif, il se peut bien qu’elle ait déjà été infectée par le VIH mais qu’elle n’ait pas encore développé les anticorps permettant de détecter son état lors du test.

Il existe donc à tout le moins un doute qui nous empêche d’affirmer que la plaignante n’avait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991, au moment où l’intimé a découvert, puis décidé de ne pas révéler, qu’il était séropositif.

B. *Dr. Michael Bowmer's Evidence*

Dr. Bowmer, a physician with the Health Care Corporation, Infectious Diseases and Internal Medicine, in St. John's, was one of the specialist doctors who counselled the respondent. In the course of his testimony at the preliminary inquiry, Dr. Bowmer was asked whether one partner with HIV could re-infect another partner who was already infected with HIV. He responded that HIV "mutates very quickly" over a period of time and can produce in one partner a drug-resistant strain. The mutant strain might then be transferred to the other partner, thereby transmitting a drug-resistant strain of HIV to which an HIV-positive complainant had not previously been exposed, with possibly lethal consequences. Safer sex therefore continues to be important "because the resistance of one virus in one person may occur at a different rate than the resistance in another. And then the potential is that the person who is not resistant [to drug therapy] receives the resistant strain."

Dr. Bowmer was not called as a witness at trial, but a transcript of his evidence at the preliminary inquiry was "adopted as a part of the facts of the case". The Crown did not pursue a "re-infection" theory either at trial or on the appeal to the Newfoundland and Labrador Court of Appeal. The Crown did not put forward the possibility suggested by Dr. Bowmer that a partner who was already infected with HIV could nevertheless be re-infected with a "mutant" HIV strain resistant to drugs, possibly because Dr. Bowmer himself conceded that "we don't know enough about the virus in an individual person to know how rapidly one virus is mutating to a resistant strain". No tests were done in this respect on either the respondent or the complainant.

C. *The Court Proceedings*

The respondent was charged with aggravated assault, criminal negligence causing bodily harm and common nuisance. The trial judge found the respondent guilty of aggravated assault and common nuisance but not guilty of criminal negligence

B. *Le témoignage du D^r Michael Bowmer*

Le docteur Bowmer exerçait la médecine à St. John's, au sein de la Health Care Corporation, spécialisée en maladies infectieuses et en médecine interne. Il est l'un des spécialistes qui ont conseillé l'intimé. Au cours de son témoignage à l'enquête préliminaire, on a demandé au D^r Bowmer si une personne porteuse du VIH pouvait réinfecter un partenaire déjà contaminé. Il a répondu que le VIH [TRADUCTION] « subit des mutations très rapides » et peut produire une souche pharmacorésistante chez une personne. Celle-ci peut alors la transmettre à son ou à sa partenaire et lui inoculer une souche de VIH pharmacorésistante à laquelle cette personne n'avait pas été exposée avant, ce qui peut entraîner son décès. C'est pourquoi il demeure important, selon lui, d'avoir des rapports sexuels protégés [TRADUCTION] « parce que la résistance d'un virus peut varier d'un individu à l'autre. Il est alors possible qu'une personne n'ayant pas développé de résistance [à la médication] reçoive une souche résistante. »

Le docteur Bowmer n'a pas été cité comme témoin au procès, mais la transcription de son témoignage à l'enquête préliminaire a été [TRADUCTION] « utilisée comme faisant partie des faits de l'espèce ». Le ministère public n'a invoqué la thèse de la « réinfection » ni au procès ni devant la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador. Il n'a pas non plus invoqué la possibilité, évoquée par le D^r Bowmer, qu'une personne déjà porteuse du VIH puisse être réinfectée par une souche pharmacorésistante « mutante » du VIH, peut-être parce que le D^r Bowmer lui-même a reconnu que [TRADUCTION] « nous ne connaissons pas assez bien le comportement du virus chez l'être humain pour savoir avec quelle rapidité il peut subir des mutations et se transformer en une souche résistante ». Aucun test n'a été administré à cet égard à l'intimé ou à la plaignante.

C. *L'historique judiciaire*

L'intimé a été accusé de voies de fait graves, de négligence criminelle causant des lésions corporelles et de nuisance publique. Le juge du procès l'a déclaré coupable de voies de fait graves et de nuisance publique mais non de négligence criminelle

15

16

17

causing bodily harm ((2000), 189 Nfld. & P.E.I.R. 156). On appeal, the Court of Appeal unanimously dismissed the respondent's appeal on his conviction for common nuisance ((2001), 158 C.C.C. (3d) 523, 2001 NFCA 52). A majority of the Court of Appeal allowed the appeal against conviction for aggravated assault, but substituted a conviction for *attempted* aggravated assault.

18 Wells C.J.N. would have dismissed the appeal against conviction on the charge of aggravated assault because in his view, the Crown should not be required to "do the impossible" and prove, beyond a reasonable doubt, that the complainant was not infected with HIV prior to November 15, 1991. In the present state of medical science, this can never be proven. Recognition of that uncertainty does not automatically constitute reasonable doubt as to whether the respondent, on the basis of the standard set out in *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, endangered the life of the complainant. In the view of Wells C.J.N., the Crown had only to prove the chance or possibility that the complainant was still HIV-free on November 15, 1991 for there to be a risk. While it can never be known whether the risk in this case was low or medium or high, in his view the key is that there was a risk. The Court, in *Cuerrier*, *supra*, specifically decided that proof of actual harm was not required. It was sufficient to prove exposure to risk.

II. Analysis

19 The exposure of an unwitting sexual partner to the risk of HIV infection, through a deliberate deception, is the stuff of nightmares, yet cases of such misconduct now regularly come before the courts.

20 There is no doubt that the respondent's conduct was criminal. He stands convicted of attempted aggravated assault (maximum penalty of seven years) and common nuisance (maximum penalty of two years).

causant des lésions corporelles ((2000), 189 Nfld. & P.E.I.R. 156). La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel formé par l'intimé contre sa condamnation pour nuisance publique ((2001), 158 C.C.C. (3d) 523, 2001 NFCA 52), mais elle a accueilli à la majorité son appel contre la condamnation pour voies de fait graves, lui substituant une condamnation pour *tentative* de voies de fait graves.

Le juge en chef Wells aurait rejeté l'appel interjeté contre la condamnation pour voies de fait graves parce que, selon lui, la poursuite ne devrait pas [TRADUCTION] « être tenue à l'impossible » et avoir à prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'avait pas été contaminée par le VIH avant le 15 novembre 1991. Dans l'état actuel de la médecine, cette preuve est impossible à faire. La reconnaissance de cette incertitude ne constitue pas automatiquement un doute raisonnable relativement à la question de savoir si l'intimé a mis en danger la vie de la plaignante selon le critère établi dans *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. De l'avis du juge en chef Wells, il suffisait que le ministère public prouve l'existence d'une possibilité que la plaignante n'ait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991 pour établir l'existence d'un risque de préjudice. Bien qu'on ne puisse jamais déterminer, en l'espèce, si ce risque était faible, moyen ou élevé, l'important était, selon le Juge en chef, que ce risque existât. Dans l'arrêt *Cuerrier*, précité, la Cour a expressément statué qu'il n'était pas nécessaire de prouver un préjudice réel. Il suffisait de prouver qu'il y avait eu exposition à un risque de préjudice.

II. Analyse

Qu'une personne dupe délibérément son ou sa partenaire et l'expose ainsi au risque de contracter une infection à VIH relève du cauchemar. Pourtant, de nos jours, les tribunaux sont appelés régulièrement à se prononcer sur un tel comportement répréhensible.

Il ne fait aucun doute que la conduite de l'intimé était criminelle. Il a été condamné pour tentative de voies de fait graves (infraction punissable d'une peine maximale de sept ans d'emprisonnement) et pour nuisance publique (infraction punissable d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement).

The Crown is not satisfied with the conviction on *attempted* aggravated assault. The Crown's view is that the respondent should be convicted on the greater offence of aggravated assault itself.

The *mens rea* for aggravated assault is the *mens rea* for assault (intent to apply force intentionally or recklessly or being wilfully blind to the fact that the victim does not consent) plus objective foresight of the risk of bodily harm: *R. v. Godin*, [1994] 2 S.C.R. 484, at p. 485, and *Cuerrier*, *supra*, at para. 95. There is no dispute that, in this case, this mental element of aggravated assault has been proven beyond a reasonable doubt.

The central issue in this case, therefore, is whether, having charged the respondent with *aggravated* assault, the Crown was able to prove all of the requisite elements of the *actus reus* of that particular crime, which is defined in s. 268(1) of the *Criminal Code* as follows:

268. (1) Every one commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

Prosecution of that particular offence, which has as its focus the *consequences* of the assault, is complicated in this case by the "window" of uncertain duration between an individual contracting HIV and the ability of the medical authorities (at least in 1991) to test for it. The respondent seeks to exploit this window of uncertainty in two respects. Firstly, he says the complainant consented at all times during their relationship to unprotected sexual intercourse. Based on his interpretation of *Cuerrier*, *supra*, he says that her consent to unprotected sex after November 15, 1991 was not vitiated by his deception. Therefore, he argues, not only was there no aggravated assault, there was no assault at all.

Secondly, he says the Crown is unable to prove an essential element of the offence of aggravated assault, namely that the respondent's sexual conduct after knowing he had tested HIV-positive

La condamnation pour *tentative* de voies de fait graves ne satisfait pas le ministère public, qui estime que l'intimé aurait dû être déclaré coupable de l'infraction de voies de fait graves elle-même.

La *mens rea* de l'infraction de voies de fait graves correspond à la *mens rea* de l'infraction de voies de fait (c'est-à-dire, soit l'intention d'employer la force de manière intentionnelle ou insouciant, soit un aveuglement volontaire à l'égard de l'absence de consentement de la victime) à laquelle s'ajoute la prévision objective de lésions corporelles : *R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484, p. 485, et *Cuerrier*, précité, par. 95. Nul ne conteste qu'en l'espèce, cet élément moral de l'infraction de voies de fait graves a été prouvé hors de tout doute raisonnable.

Il s'agit donc essentiellement en l'espèce de déterminer si le ministère public a réussi à prouver tous les éléments de l'*actus reus* de l'infraction de voies de fait graves dont il a accusé l'intimé, définie ainsi au par. 268(1) du *Code criminel* :

268. (1) Commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutile ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

Les poursuites judiciaires relatives à cette infraction, qui sont axées sur les *conséquences* des voies de fait, se compliquent ici en raison de la « fenêtre sérologique » d'une durée incertaine qui sépare le moment où une personne contracte le VIH et celui où les autorités médicales peuvent détecter l'infection (ou du moins le pouvaient en 1991). L'intimé cherche à tirer parti de cette incertitude de deux façons. Il soutient, premièrement, que la plaignante a toujours consenti à avoir des rapports sexuels non protégés pendant leur liaison. En se fondant sur sa propre interprétation de l'arrêt *Cuerrier*, précité, il prétend que le consentement de la plaignante est demeuré valide après le 15 novembre 1991, même s'il l'a dupée. Par conséquent, selon lui, non seulement il n'y a pas eu de voies de fait graves, mais il n'y a pas eu de voies de fait du tout.

Deuxièmement, l'intimé affirme que le ministère public est incapable de prouver un élément essentiel de l'infraction de voies de fait graves, savoir que sa conduite sexuelle, après qu'il a appris qu'il était

21

22

23

24

25

endangered the complainant's life. The Crown, he says, is unable to prove the *actus reus* of one of the particular offences it chose to prosecute.

26 I think the respondent's first point is based on an erroneous interpretation of *Cuerrier*, but that he is entitled to succeed, based on the Agreed Statement of Facts, on his second point.

A. *The Critical Date — November 15, 1991*

27 The most important date in this case is November 15, 1991. On that date, the respondent learned that he was HIV-positive. I do not overlook the possibility that prior to November 15, 1991 he might have anticipated at least the risk of an HIV-positive outcome, perhaps by October 16, 1991 when he was called in for the test, but we have no satisfactory proof of that. The critical date for the purpose of establishing fraud to vitiate consent (*Criminal Code*, s. 265(3)(c)) is when the respondent had sufficient awareness of his HIV-positive status that he can be said to have acted "intentionally or recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them" (*R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1309). In this context, the distinction between recklessness and wilful blindness could be important:

Wilful blindness is distinct from recklessness because, while recklessness involves knowledge of a danger or risk and persistence in a course of conduct which creates a risk that the prohibited result will occur, wilful blindness arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant. [Emphasis added.]

(*Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 584, per McIntyre J.)

28 Once an individual becomes aware of a risk that he or she has contracted HIV, and hence that his or her partner's consent has become an issue, but nevertheless persists in unprotected sex that creates a risk of further HIV transmission

séropositif, a mis en danger la vie de la plaignante. Selon lui, le ministère public est incapable de prouver l'*actus reus* de l'une des infractions à l'égard desquelles il a décidé d'engager une poursuite.

À mon avis, le premier argument de l'intimé repose sur une interprétation erronée de l'arrêt *Cuerrier* mais, si l'on se reporte à l'exposé conjoint des faits, il faut donner raison à l'intimé en ce qui concerne son deuxième argument.

A. *La date critique du 15 novembre 1991*

La date la plus importante en l'espèce est le 15 novembre 1991. C'est à cette date que l'intimé a appris qu'il était séropositif. Il ne m'échappe pas qu'il ait pu, avant cette date, envisager à tout le moins l'existence d'un risque d'être séropositif, peut-être à compter du 16 octobre 1991 lorsqu'il a été appelé pour subir le test, mais nous n'avons pas de preuve suffisante de ce fait. La date critique quant à la preuve d'une fraude viciant le consentement (al. 265(3)c) du *Code criminel*) est la date à partir de laquelle l'intimé était suffisamment au courant de sa séropositivité pour pouvoir être considéré comme agissant « intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager » (*R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1309). Dans ce contexte, la distinction entre insouciance et ignorance volontaire peut avoir de l'importance :

L'ignorance volontaire diffère de l'insouciance parce que, alors que l'insouciance comporte la connaissance d'un danger ou d'un risque et la persistance dans une conduite qui engendre le risque que le résultat prohibé se produise, l'ignorance volontaire se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance. [Je souligne.]

(*Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584, le juge McIntyre)

Lorsqu'une personne apprend l'existence d'un risque qu'elle ait contracté le VIH et que, par conséquent, la question du consentement de son ou de sa partenaire se pose, mais qu'elle persiste néanmoins, sans rien divulguer à son ou à sa partenaire, à avoir

without disclosure to his or her partner, recklessness is established.

In the present case, however, the Agreed Statement of Facts does not permit us to draw any firm conclusions about the state of the respondent's awareness of the danger, or even *the risk* of the danger of HIV infection prior to November 15, beyond the bare fact that he was asked to take a test. We have almost no knowledge of the circumstances.

Giving the respondent the benefit of the doubt, I therefore propose to use November 15, 1991 as the date when, clearly, he knew that he was HIV-positive and, moreover, had been warned by the doctors that sexual intercourse with an unprotected partner could have potentially lethal consequences for her, but nevertheless persisted.

For purposes of this case, it makes no difference whether the critical date is October 16 or November 15, 1991. In the Agreed Statement of Facts, at para. 46, the Crown acknowledged that the complainant might have become infected with HIV as early as August 1991:

... it is possible that [the respondent] infected [the complainant] before learning of his positive status. [The complainant]'s negative test result may have been within [the complainant]'s "window period" in that when [the complainant] was tested on November 20, 1991 her body had not yet produced the HIV antibodies which the test is designed to detect. It is possible that on November 20, 1991, [the complainant] was incubating the virus and her body had not yet made the antibody, and thereby if present, it was undetectable. It is possible that she may have been infected in August, 1991, but not tested HIV-positive on November 20, 1991.

The trial judge said the complainant's negative test of November 20, 1991 is "the best evidence we have of her status at that time" (para. 26), but, with respect, this statement flew in the face of all the medical evidence about the duration of "the window" of incubation between the infection and testability contained in the Agreed Statement of Facts. At the very least, there is a reasonable doubt about when she was first infected with HIV.

des rapports sexuels non protégés susceptibles de lui transmettre le VIH, l'insouciance est établie.

En l'espèce, toutefois, l'exposé conjoint des faits ne nous permet pas de tirer de conclusion ferme au sujet de la connaissance que l'intimé avait du danger ou même *du risque* de danger d'infection à VIH avant le 15 novembre, hormis le fait qu'on lui avait demandé de subir un test. Nous ne savons presque rien des circonstances.

Donnant à l'intimé le bénéfice du doute, je suis donc d'avis de considérer le 15 novembre 1991 comme la date à laquelle l'intimé a su clairement qu'il était séropositif et a persisté à avoir des rapports sexuels non protégés après avoir été averti par les médecins que ce comportement pouvait causer la mort de sa partenaire.

En l'espèce, il importe peu que la date critique soit le 16 octobre ou le 15 novembre 1991, puisque, dans l'exposé conjoint des faits, au par. 46, le ministre public a reconnu que la plaignante avait pu contracter le VIH dès le mois d'août 1991 :

[TRADUCTION] . . . il est possible que [l'intimé] ait infecté [la plaignante] avant d'apprendre qu'il était séropositif. Le résultat négatif du test subi par [la plaignante] pouvait se situer dans sa « fenêtre sérologique », c'est-à-dire que, lorsque [la plaignante] a subi le test le 20 novembre 1991, son corps n'avait pas encore produit les anticorps anti-VIH que le test est censé détecter. Il est possible que, le 20 novembre 1991, [la plaignante] ait été en période d'incubation et que son organisme n'ait pas encore développé les anticorps, de sorte que le virus, s'il était présent, n'était pas détectable. Il se peut qu'elle ait été infectée au mois d'août 1991, mais que le test de dépistage du VIH se soit révélé négatif le 20 novembre 1991.

Pour le juge du procès, le résultat négatif du test subi par la plaignante le 20 novembre 1991 constituait [TRADUCTION] « la meilleure preuve au dossier de son état à cette date » (par. 26). En toute déférence, cette conclusion ne tient pas compte de l'ensemble de la preuve médicale présentée dans l'exposé conjoint des faits au sujet de la durée de la « fenêtre sérologique » séparant le moment de l'infection de celui où elle peut être détectée par un test. Il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la date à laquelle la plaignante a été infectée par le VIH.

29

30

31

32

33 The Court of Appeal thought the evidence showed it *likely* that the complainant was infected with HIV prior to November 15, 1991. I agree.

34 Although the respondent was deceitful after November 15, 1991, the Crown concedes that it cannot show that sexual activity after that date harmed the complainant, or even exposed her to a significant risk of harm, because at that point she was possibly, and perhaps likely, already infected with HIV.

B. *The Necessary Concurrence of Intent and Endangerment*

35 To constitute a crime “at some point the *actus reus* and the *mens rea* or intent must coincide”: *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 157. See also *R. v. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52 (Ont. C.A.), at pp. 53-54. Here, however, before November 15, 1991, there was an endangerment but no intent; after November 15, 1991, there was an intent but at the very least a reasonable doubt about the existence of any endangerment. Therein lies the essence of the Crown’s problem in this case.

C. *The Consent Issue*

36 The absence of consent is an essential element of any assault. I reproduce for convenience the relevant *Criminal Code* provisions:

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

. . .

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

. . .

(c) fraud; or [Emphasis added.]

La Cour d’appel a estimé que la preuve démontrait qu’il était *probable* que la plaignante avait été infectée avant le 15 novembre 1991. Je partage ce point de vue.

Bien que l’intimé ait dupé la plaignante après le 15 novembre 1991, le ministère public concède qu’il ne peut établir que l’activité sexuelle de la plaignante après cette date lui a causé un préjudice ou même qu’elle l’a exposée à un risque sérieux de préjudice, parce qu’il était possible, et peut-être probable, qu’elle fut déjà porteuse du VIH à ce moment.

B. *La nécessaire concomitance de l’intention et de la mise en danger*

Pour qu’il y ait crime, « à un moment donné, l’*actus reus* et la *mens rea* ou l’intention doivent coïncider » : *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 157. Voir aussi *R. c. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52 (C.A. Ont.), p. 53-54. Ici, toutefois, il y a eu mise en danger sans intention avant le 15 novembre 1991 et, après cette date, il y a eu intention mais il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la mise en danger. C’est là le nœud du problème du ministère public en l’espèce.

C. *Le consentement*

L’absence de consentement constitue un élément essentiel de toutes les formes d’agression, d’attaque ou de voies de fait. Voici, pour plus de commodité, les dispositions pertinentes du *Code criminel* :

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d’une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

. . .

(3) Pour l’application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

. . .

c) soit de la fraude; [Je souligne.]

The meaning of consent in the assault context was recently considered by the Court in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 26-27, per Major J.:

The absence of consent, however, is subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred

Confusion has arisen from time to time on the meaning of consent as an element of the *actus reus* of sexual assault. Some of this confusion has been caused by the word "consent" itself. A number of commentators have observed that the notion of consent connotes active behaviour While this may be true in the general use of the word, for the purposes of determining the absence of consent as an element of the *actus reus*, the actual state of mind of the complainant is determinative. At this point, the trier of fact is only concerned with the complainant's perspective. The approach is purely subjective. [Emphasis added.]

There is no doubt that the complainant did not subjectively consent to unprotected sex with an HIV-positive partner. She so testified and there is no reason to doubt her. Following November 15, 1991, the respondent knew, but the complainant did not, that he was HIV-positive. Each act of unprotected sex exposed her to the lethal virus. There is nothing whatsoever in the evidence to suggest that the complainant, believing rightly or wrongly that she was HIV-free, consented to run such a risk.

In *Cuerrier*, *supra*, an HIV-positive accused had, as had the respondent in this case, engaged in unprotected sex with two complainants without disclosing his infection. However, unlike here, the complainants in *Cuerrier* did not become infected with HIV. Cory J. held, at para. 127:

Without disclosure of HIV status there cannot be a true consent. The consent cannot simply be to have sexual intercourse. Rather it must be consent to have intercourse with a partner who is HIV-positive. True consent cannot be given if there has not been a disclosure by the accused of his HIV-positive status. A consent that is

La Cour a examiné récemment ce que l'on entend par le consentement dans le contexte d'une agression ou de voies de fait dans l'arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 26-27, le juge Major :

Toutefois, l'absence de consentement est subjective et déterminée par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu

Il arrive à l'occasion qu'il y ait confusion quant à la signification du consentement comme élément de l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle. Cette confusion est causée en partie par le mot « consentement » lui-même. Selon plusieurs commentateurs, la notion de consentement suggère un comportement actif [. . .] Bien que cela puisse être exact dans l'usage général du mot, pour décider si l'absence de consentement est un élément de l'*actus reus*, c'est l'état d'esprit réel de la plaignante qui est déterminant. À cette étape, le juge des faits ne s'intéresse qu'au point de vue de la plaignante. La démarche est purement subjective. [Je souligne.]

Il ne fait aucun doute que la plaignante n'a pas subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. C'est ce qu'elle a déclaré dans son témoignage, et il n'y a aucune raison de mettre sa déclaration en doute. Après le 15 novembre 1991, l'intimé savait qu'il était séropositif, mais la plaignante l'ignorait. Chaque relation sexuelle non protégée l'exposait au virus mortel. Il n'existe absolument aucun élément de preuve indiquant que la plaignante qui, à tort ou à raison, ne croyait pas avoir été contaminée par le VIH, a consenti à courir un tel risque.

Dans l'affaire *Cuerrier*, précitée, un accusé séropositif avait eu, comme l'intimé en l'espèce, des rapports sexuels non protégés avec deux plaignantes sans leur faire part de son état. Toutefois, contrairement à la plaignante dans la présente affaire, les plaignantes dans *Cuerrier* n'avaient pas été infectées par le VIH. Le juge Cory a déclaré ce qui suit au par. 127 :

Sans divulgation de la séropositivité, il ne peut y avoir de consentement véritable. Le consentement ne peut se limiter uniquement aux rapports sexuels. Il doit plutôt s'agir d'un consentement à des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Il ne peut y avoir de consentement véritable s'il n'y a pas eu divulgation par l'accusé de sa

37

38

39

not based upon knowledge of the significant relevant factors is not a valid consent.

In that case, sex with the accused had put the complainants at significant risk to their health. This was sufficient to vitiate their consent to sexual intercourse.

40 The *Cuerrier* principle, reproduced above, applies here. The complainant never consented to have sexual intercourse with a partner who was HIV-positive. As of November 15, 1991, at the latest, he knew he was HIV-positive and she did not. The unexpected revelation to the complainant in 1994 that she might already have been infected by the respondent prior to November 15, 1991, could have had no possible retroactive effect on her mental state at the time of the relationship more than two years earlier. At all *relevant* times, she believed that *both* she and the respondent were HIV-free. That is enough to reject the respondent's argument on consent.

D. *Proof of the Consequences of an Assault Is an Essential Element of Aggravated Assault*

41 The requirements of an aggravated assault include those of the assault itself plus, as mentioned, certain listed consequences:

268. (1) Every one commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

The prosecution must establish all of the elements of an assault *plus* the aggravating circumstance.

42 In *R. v. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563 (Ont. C.A.), Lacourcière J.A. wrote for the court, at pp. 567-68:

The case-law interpreting the sections quoted [ss. 265 and 268] makes it clear that the essential intent required for an assault, as defined, remains the same for all forms of assault, including aggravated assault. Parliament intended that the severity of the punishment should increase to reflect the more serious consequences of the assault. [Emphasis added.]

séropositivité. Le consentement qui n'est pas fondé sur la connaissance d'importants facteurs pertinents n'est pas valide.

Dans l'affaire *Cuerrier*, les relations sexuelles avec l'accusé avaient fait courir aux plaignantes un risque sérieux pour leur santé. Cela suffisait pour vicier leur consentement aux rapports sexuels.

Le principe dégagé dans l'arrêt *Cuerrier*, reproduit ci-haut, s'applique en l'espèce. La plaignante n'a jamais consenti à avoir des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Au plus tard le 15 novembre 1991, l'intimé savait qu'il était séropositif, et elle l'ignorait. La révélation inattendue faite à la plaignante, en 1994, qu'elle pouvait avoir déjà été infectée par l'intimé avant le 15 novembre 1991 ne pouvait d'aucune façon influencer rétroactivement sur son état d'esprit pendant sa liaison, plus de deux ans auparavant. Pendant toute la période *pertinente*, elle croyait que *ni elle ni l'intimé* n'étaient porteurs du VIH. Cela suffit pour rejeter l'argument de l'intimé relativement au consentement.

D. *La preuve des conséquences des voies de fait est un élément essentiel des voies de fait graves*

Les éléments constitutifs de l'infraction de voies de fait graves incluent, outre les éléments constitutifs de l'infraction de voies de faits, certaines conséquences énumérées par le *Code criminel* :

268. (1) Commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

Le poursuivant doit établir tous les éléments constitutifs des voies de fait *plus* les circonstances aggravantes.

Dans l'arrêt *R. c. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563 (C.A. Ont.), le juge Lacourcière s'est exprimé ainsi au nom de la cour aux p. 567-568 :

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la jurisprudence ayant interprété les dispositions en cause [art. 265 et 268] que l'intention exigée par l'infraction de voies de fait ou d'agression, telle qu'elle est définie, est la même pour toutes les formes de voies de fait et d'agression, y compris les voies de fait graves. Le législateur a voulu que la sévérité de la punition croisse en fonction de la gravité des conséquences de l'infraction. [Je souligne.]

In *Godin, supra*, Cory J. stated, at p. 485, “[t]he section pertains to an assault that has the consequences of wounding, maiming or disfiguring” (emphasis added) or (to complete the list) endangering life. “Endanger” means to “[p]ut in danger . . . put in peril . . . [i]ncur the risk”: *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, at p. 816. As to the focus on consequences, see generally *R. v. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153, at para. 4; *R. v. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348 (Alta. C.A.), at para. 9; and *R. v. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL) (Gen. Div.), at para. 23. See also *R. v. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), at para. 12.

Section 268(1) is only one of a number of *Criminal Code* provisions that “call for a more serious charge if certain consequences follow”: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 966. These include criminal negligence causing bodily harm (s. 221), criminal negligence causing death (s. 220), dangerous operation causing bodily harm (s. 249(3)), dangerous operation causing death (s. 249(4)), impaired driving causing bodily harm (s. 255(2)), impaired driving causing death (s. 255(3)), assault causing bodily harm (s. 267(b)), aggravated assault (s. 268), sexual assault causing bodily harm (s. 272(1)(c)), aggravated sexual assault (s. 273(1)), mischief causing danger to life (s. 430(2)) and arson causing bodily harm (s. 433(b)).

The “aggravation” in aggravated assault thus comes from the consequences. In *DeSousa* itself, the Court held, at pp. 966-67, *per* Sopinka J.:

No principle of fundamental justice prevents Parliament from treating crimes with certain consequences as more serious than crimes which lack those consequences.

Dans *Godin*, précité, le juge Cory a déclaré, à la p. 485 : « [L]e paragraphe se rapporte à des voies de fait qui ont pour conséquence de blesser, mutiler ou défigurer » (je souligne) ou (pour compléter la liste) de mettre la vie en danger. Le mot « danger » renvoi à la notion de péril ou de risque, tout comme le terme « *endanger* », utilisé dans la version anglaise et qui signifie « *[p]ut in danger . . . put in peril . . . [i]ncur the risk* » : *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 816. Pour ce qui est de mettre l’accent sur les conséquences, voir, en général, *R. c. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153, par. 4; *R. c. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348 (C.A. Alb.), par. 9; et *R. c. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL) (Div. gén.), par. 23. Voir aussi *R. c. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), par. 12.

Le paragraphe 268(1) n’est pas la seule disposition du *Code criminel* qui « donn[e] lieu à une inculpation plus grave si certaines conséquences en découlent » (*R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 966). Il y a aussi la négligence criminelle causant des lésions corporelles (art. 221), la négligence criminelle causant la mort (art. 220), la conduite dangereuse causant des lésions corporelles (par. 249(3)), la conduite dangereuse causant la mort (par. 249(4)), la conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (par. 255(2)), la conduite avec facultés affaiblies causant la mort (par. 255(3)), les voies de fait avec infraction de lésions corporelles (al. 267b)), les voies de fait graves (art. 268), l’agression sexuelle avec infraction de lésions corporelles (al. 272(1)c)), l’agression sexuelle grave (par. 273(1)), le méfait causant un danger réel pour la vie (par. 430(2)) et l’incendie criminel causant des lésions corporelles (al. 433b)).

L’« aggravation », dans les voies de fait graves, provient donc des conséquences de l’infraction. Dans l’arrêt *DeSousa*, le juge Sopinka a écrit ce qui suit au nom de la Cour, aux p. 966-967 :

Aucun principe de justice fondamentale n’empêche le législateur de considérer les crimes entraînant certaines conséquences comme plus graves que les crimes qui n’en entraînent pas.

43

44

45

The same act of assault may injure one person but not another. The implicit rationale of the law in this area is that it is acceptable to distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused. . . . [Emphasis added.]

46 The same act of sexual assault by an HIV-positive accused would undoubtedly injure or put at risk many potential partners but if, because of a complainant's particular circumstances, she was not put in harm's way by the assault charged, there is no aggravated assault. By way of further illustration, the gunman who fires a shot into a sleeping figure intending to kill him is not guilty of murder if, in fact, the intended victim had already died of natural causes.

47 I therefore agree with the majority of the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador that proof of endangerment of the complainant's life was an essential element of the prosecution's case for aggravated assault.

E. *The Contrary View of the Trial Judge*

48 In the present case, the trial judge reviewed in some detail the judgment in *Cuerrier* and acknowledged, at para. 12:

The essence of what Cory J. wrote was that having unprotected sex with someone who is HIV-positive is inherently risky, that by its nature it endangers. The unique situation where it is not risky, where it does not endanger, is where infection has already occurred. [Emphasis added.]

Having said that, however, he found the respondent guilty of aggravated assault because

having unprotected sex with someone who is HIV-positive is inherently risky . . . by its nature it endangers. [Emphasis added.]

49 The trial judge erred, with respect, in switching the focus from the *consequences* of the assault to the *nature* of the assault ("by its nature it endangers"). There are several provisions of the *Criminal Code* that differentiate charges on the basis of the *nature*

La même agression peut causer une blessure à une personne, mais non à une autre. Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. . . . [Je souligne.]

Le même acte d'agression sexuelle perpétré par un accusé séropositif pourrait sans aucun doute causer un préjudice à de nombreuses victimes potentielles ou les exposer à un risque, mais si, pour des raisons qui lui sont propres, une plaignante n'est pas mise en péril par l'agression ou les voies de fait, il n'y a pas de voies de fait graves. Pour donner un autre exemple, le tireur qui fait feu sur une silhouette qui semble endormie dans l'intention de tuer cette personne n'est pas coupable de meurtre si, en fait, celle-ci était déjà morte de causes naturelles.

Je pense donc, comme les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, que la mise en danger de la vie de la plaignante était un élément essentiel de la preuve qui incombait à la poursuite relativement à l'infraction de voies de fait graves.

E. *L'opinion contraire du juge du procès*

En l'espèce, le juge du procès a effectué un examen assez approfondi de l'arrêt *Cuerrier*, et il a reconnu, au par. 12 :

[TRADUCTION] Essentiellement, le juge Cory a écrit que les rapports sexuels non protégés avec une personne séropositive sont intrinsèquement risqués, que, par leur nature, ils mettent en danger. Le seul cas où ils ne comportent pas de risque, où ils ne mettent pas en danger, est lorsqu'il y a déjà eu infection. [Je souligne.]

Il n'en a pas moins déclaré l'intimé coupable de voies de fait graves parce que :

[TRADUCTION] . . . les rapports sexuels non protégés avec une personne séropositive sont intrinsèquement risqués [. . .] par leur nature, ils mettent en danger. [Je souligne.]

À mon humble avis, le juge du procès a commis une erreur en mettant l'accent sur la *nature* des voies de fait (« par leur nature, ils mettent en danger »), plutôt que sur leurs *conséquences*. Plusieurs dispositions du *Code criminel* établissent une distinction

of the assault, e.g., s. 271 (sexual assault), but s. 268 (aggravated assault) is not one of them. Under that section, the court is directed by Parliament to focus on the consequences.

F. *The Dissenting View of Wells C.J.N.*

Wells C.J.N., in his dissent, took a position intermediate between his colleagues and the trial judge. Unlike the trial judge, he agreed, at para. 109, that the gist of the charge lay in the consequences:

Clearly, if the evidence established, *with certainty*, that the complainant was infected by the [respondent] (or anyone else) prior to November 15, 1991, the [respondent] could not be found guilty on the charge because, being already infected, the complainant was no longer in a condition where she could be exposed to *risk* of such infection, subsequent to the [respondent] discovering he was HIV positive. She could not become more infected. [Emphasis in original.]

He also agreed that the evidence raised a reasonable doubt as to whether the complainant was already infected as a result of unprotected sexual intercourse with the respondent prior to November 15, 1991, but “[b]eyond question”, he said, “*it is possible* that the complainant was not infected at the time that the [respondent] learned he was HIV-positive” (para. 116 (emphasis in original)).

Thus, unlike Welsh J.A., he concluded that if there was a possibility that the complainant was *not* infected on November 15, 1991, then she should be considered at risk or endangerment.

With respect, this amounts to saying that a reasonable doubt about the existence of the consequences required by s. 268(1) enures to the benefit of the Crown. An accused would be entitled to an acquittal only if it were established that the complainant was “with certainty” (Wells C.J.N.’s words) infected with HIV on November 15, 1991. This amounts to a reversal of the onus of proof on a central element of the *actus reus* of the offence, namely

entre les chefs d’accusation suivant la *nature* des voies de fait ou de l’agression, par exemple l’art. 271 (agression sexuelle), mais l’art. 268 (voies de fait graves) ne fait pas de telle distinction. Dans cette dernière disposition, le législateur oblige les tribunaux à mettre l’accent sur les conséquences.

F. *L’opinion dissidente du juge en chef Wells*

L’opinion exprimée par le juge en chef Wells de Terre-Neuve-et-Labrador, dissident, se situe à mi-chemin entre celle de ses collègues et celle du juge du procès. Contrairement à ce dernier, il convient, au par. 109, que les conséquences constituent l’élément déterminant de l’accusation :

[TRADUCTION] De toute évidence, si la preuve avait été établie *avec certitude* que la plaignante avait déjà été infectée par [l’intimé] (ou par quelqu’un d’autre) avant le 15 novembre 1991, [l’intimé] n’aurait pu être déclaré coupable de l’infraction reprochée parce que la plaignante, étant déjà infectée, ne pouvait plus être exposée à ce *risque* d’infection après que [l’intimé] a découvert qu’il était séropositif. Elle ne pouvait être infectée davantage. [En italique dans l’original.]

Il a reconnu que la preuve laissait subsister un doute raisonnable sur la question de savoir si la plaignante était déjà infectée par suite de ses rapports sexuels non protégés avec l’intimé avant le 15 novembre 1991, mais il a affirmé, au par. 116 : [TRADUCTION] « *il est possible*, sans aucun doute, que la plaignante n’ait pas été infectée au moment où [l’intimé] a appris qu’il était séropositif » (en italique dans l’original).

Le Juge en chef a donc conclu, contrairement au juge Welsh, que s’il existait une possibilité que la plaignante ne fût *pas* infectée le 15 novembre 1991, il fallait considérer qu’il y avait eu risque ou mise en danger.

En toute déférence, cette conclusion revient à dire que le doute raisonnable quant à l’existence des conséquences exigées par le par. 268(1) bénéficie au ministère public. L’accusé n’aurait droit à l’acquiescement que s’il était établi [TRADUCTION] « avec certitude » (pour reprendre les mots utilisés par le juge en chef Wells) que la plaignante était porteuse du VIH le 15 novembre 1991. Cela équivaudrait à inverser le fardeau de la preuve relativement à un

50

51

52

53

that the complainant was in fact put in harm's way by the assault in question rather than by antecedent sexual activities which, while lethal, were committed without the requisite *mens rea*.

G. *The Refutation of "The Paradox"*

54 Both the trial judge and the members of the Court of Appeal expressed concern about the seeming paradox that in *Cuerrier* the accused, who did *not* infect the complainants, was held guilty of aggravated assault whereas here, the respondent, who *did* infect the complainant, was acquitted of aggravated assault. The paradox is resolved, however, when it is recognized that in *Cuerrier*, the accused was deceitful about his HIV status from the beginning of the sexual relationship whereas here, at the likely time of the complainant's HIV infection, she was freely engaging in unprotected sex with a partner who was unaware of his own HIV condition and certainly unaware that he was placing the complainant at risk. As noted in *DeSousa*, *supra*, at pp. 966-67:

Conduct may fortuitously result in more or less serious consequences depending on the circumstances in which the consequences arise.

55 If the Crown wishes to allege an offence predicated on an aggravating consequence, the Crown must prove the consequence beyond a reasonable doubt.

56 There is no doubt that the complex pathology of HIV creates difficulties in a prosecution for aggravated assault. Other charges could have been laid: sexual assault, for example.

57 The differing results in *Cuerrier* and this case simply reflect the different factual circumstances. The conduct of this respondent after November 15, 1991 is no less reprehensible. The abuse of the complainant's trust, the obtaining of her consent by deceit, and the sexual activity itself are all common to both cases. The difference here is that, unknown to the respondent at the time, there was a

élément capital de l'*actus reus* de l'infraction, savoir que la plaignante a, en fait, été mise en danger par les voies de fait en cause plutôt que par ses rapports sexuels antérieurs qui, même s'ils pouvaient être mortels, avaient eu lieu en l'absence de la *mens rea* nécessaire.

G. *La réfutation du « paradoxe »*

Le juge du procès et les membres de la Cour d'appel se sont tous dits préoccupés par le paradoxe apparent découlant du fait que, dans l'affaire *Cuerrier*, l'accusé qui *n'avait pas* infecté les plaignantes a été déclaré coupable de voies de fait graves, alors qu'en l'espèce, l'intimé qui *a* infecté la plaignante a été acquitté de cette accusation. Le paradoxe disparaît toutefois à la constatation que, dans l'affaire *Cuerrier*, l'accusé avait caché qu'il était séropositif dès le début de la liaison, tandis qu'en l'espèce, la plaignante, à la date à laquelle elle a probablement été infectée, avait librement consenti à avoir des relations sexuelles non protégées avec un partenaire qui ignorait qu'il était séropositif et qui ne savait certainement pas qu'il faisait courir un risque à la plaignante. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *DeSousa*, précité, p. 966-967 :

Une conduite peut entraîner fortuitement des conséquences plus ou moins graves selon les circonstances dans lesquelles elles se produisent.

Si le ministère public veut porter un chef d'accusation fondé sur une conséquence aggravante, il doit faire la preuve de cette conséquence hors de tout doute raisonnable.

À n'en pas douter, la complexité de l'infection à VIH crée des difficultés dans une poursuite pour voies de fait graves. Il aurait été possible de porter d'autres accusations, comme celle d'agression sexuelle, par exemple.

Si l'affaire *Cuerrier* et la présente affaire mènent à des résultats différents, c'est tout simplement parce que les faits en cause dans chacune sont différents. La conduite de l'intimé en l'espèce après le 15 novembre 1991 n'est pas moins répréhensible. Dans les deux cas, il y a eu abus de confiance, obtention du consentement par fraude et activité sexuelle. La différence, ici, tient à ce que la preuve laisse

reasonable doubt on the evidence that the life of the complainant was *capable* of being endangered after November 15, 1991 by re-exposure to a virus she had likely already acquired.

Section 268(1) applies to a wide variety of human activity, and its interpretation should not be skewed to accommodate the hard facts of this case. Its focus should continue to be, as in the past, on the nature of the consequences rather than on the nature of the assault.

I would therefore affirm the acquittal of the respondent on the charge of aggravated assault.

H. *The Conviction for Attempted Aggravated Assault*

The Crown was able to prove every element of the offence of aggravated assault except for one element of the *actus reus*: the endangerment of life.

The following provisions of the *Criminal Code* are relevant:

24. (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out the intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence. [Emphasis added.]

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

660. Where the complete commission of an offence charged is not proved but the evidence establishes an attempt to commit the offence, the accused may be convicted of the attempt.

The crime of attempt, as with any offence, requires the Crown to establish that the accused *intended* to commit the crime in question: *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, at pp. 247-48. The requisite intent is established here for the period

subsister un doute raisonnable, que l'intimé ne connaissait pas à l'époque, quant à la possibilité que la vie de la plaignante *ait pu* être mise en danger après le 15 novembre 1991 par une nouvelle exposition à un virus dont elle était probablement déjà porteuse.

Le paragraphe 268(1) s'applique à une vaste gamme d'activités humaines, et il faut se garder d'en forcer l'interprétation pour l'adapter aux faits inéluctables de la présente affaire. Il faut continuer à mettre l'accent, comme par le passé, sur la nature des conséquences plutôt que sur la nature des voies de fait ou de l'agression.

Je suis donc d'avis de confirmer l'acquiescement de l'intimé à l'égard de l'accusation de voies de fait graves.

H. *La condamnation pour tentative de voies de fait graves*

Le ministère public a réussi à prouver tous les éléments de l'infraction de voies de fait graves, sauf un élément de l'*actus reus* : le fait que la vie de la plaignante a été mise en danger.

Les dispositions suivantes du *Code criminel* sont pertinentes pour l'examen de ce point :

24. (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre. [Je souligne.]

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

660. Lorsque la consommation d'une infraction imputée n'est pas prouvée, mais que la preuve établit une tentative de commettre l'infraction, l'accusé peut être déclaré coupable de la tentative.

Comme pour toutes les infractions, le ministère public doit prouver, relativement aux tentatives, que l'accusé *avait l'intention* de commettre le crime en question : *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, p. 247-248. L'intention requise a été établie

58

59

60

61

62

after November 15, 1991. The respondent, knowing at that time that he was HIV-positive, engaged in unprotected sex with the complainant intending her thereby to be exposed to the lethal consequences of HIV. The evidence showed that he had been fully counselled by two doctors and a nurse on all relevant aspects of the potential result of unprotected sex.

quant à la période postérieure au 15 novembre 1991. L'intimé, sachant alors qu'il était séropositif, a eu des relations sexuelles non protégées avec la plaignante, l'exposant ainsi volontairement aux conséquences mortelles du VIH. La preuve démontre qu'il avait reçu tous les conseils voulus de deux médecins et d'une infirmière sur tous les aspects pertinents des conséquences potentielles de relations sexuelles non protégées.

63 With regard to the *actus reus*, the Crown established beyond a reasonable doubt every element of a sexual assault. There was (i) physical contact inflicted by the respondent on the complainant (ii) of a sexual nature (iii) without valid consent: *Ewanchuk, supra*, at para. 25. In this case, the Crown alleged "simple" aggravated assault (s. 268(1)) rather than aggravated *sexual* assault (s. 273(1)). While the former is included in the latter, the maximum penalty on a conviction for attempted aggravated *sexual* assault is 14 years (s. 463(a)), i.e., the same as for a conviction of aggravated assault *simpliciter*.

En ce qui a trait à l'*actus reus*, le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable tous les éléments d'une agression sexuelle. Il a établi que l'intimé (i) avait fait subir à la plaignante un contact physique (ii) de nature sexuelle (iii) sans consentement valide : *Ewanchuk*, précité, par. 25. En l'espèce, le ministère public a déposé une accusation de voies de fait graves « en général » (par. 268(1)) plutôt qu'une accusation d'agression *sexuelle* grave (par. 273(1)). Bien que la première infraction soit incluse dans la seconde, la peine maximale pour l'agression *sexuelle* grave est de 14 ans d'emprisonnement (al. 463a)), soit la même que pour l'infraction de voies de fait graves en général.

64 Failure to prove endangerment of life was fatal to the prosecution in this case of aggravated assault but it is not fatal to a conviction for *attempted* aggravated assault. Clearly, the respondent took more than preparatory steps. He did everything he could to achieve the infection of the complainant by repeated acts of intercourse for approximately one year between November 15, 1991 and November 1992 when the relationship ended. The reasonable doubt about the timing of her actual infection was the product of circumstances quite extraneous to the respondent's post-November 15, 1991 conduct.

Le défaut de prouver que la vie de la plaignante avait été mise en danger était fatal quant à l'accusation de voies de fait graves, mais non quant à celle de *tentative* de voies de fait graves. De toute évidence, l'intimé a accompli davantage que des actes préparatoires. Il a fait tout ce qu'il a pu pour infecter la plaignante en ayant des rapports sexuels répétés avec elle pendant environ un an, entre le 15 novembre 1991 et le moment où la liaison a pris fin, au mois de novembre 1992. Le doute raisonnable subsistant quant à la date à laquelle la plaignante a effectivement été infectée découle de circonstances tout à fait étrangères à la conduite de l'intimé postérieurement au 15 novembre 1991.

65 These facts, established in the evidence, are sufficient to prove the attempt. As the Court explained in the *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at paras. 73-74, *per* Cory and Iacobucci JJ.:

Ces faits, établis par la preuve, sont suffisants pour prouver la tentative. Comme la Cour l'a expliqué dans *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 73-74, les juges Cory et Iacobucci :

An accused is guilty of an attempt if he intends to commit a crime and takes legally sufficient steps towards its commission. Because an attempt is in its very nature

Un accusé est coupable de tentative s'il a eu l'intention de commettre un crime et s'il a pris des mesures suffisantes en droit pour le perpétrer. Puisqu'une tentative est par sa

an incomplete substantive offence, it will always be the case that the *actus reus* of the completed offence will be deficient, and sometimes this will be because an attendant circumstance is lacking. . . .

. . . The law of attempt is engaged only when, as in this case, the *mens rea* of the completed offence is present entirely and the *actus reus* of it is present in an incomplete but more-than-merely-preparatory way.

Here the *actus reus* of aggravated assault “is present in an incomplete but more-than-merely-preparatory way” (*Dynar, supra*, at para. 74). The respondent therefore stands properly convicted of attempted aggravated assault.

I. *The Medical Evidence in Future Cases*

This case was argued on the basis of an Agreed Statement of Facts supplemented by the transcript of Dr. Bowmer, who raised but was not really asked to explore the potential medical consequences of unprotected sex between HIV-infected partners.

The Court of Appeal acknowledged the possibility of proof that “regardless of the infection, there was a significant risk to the complainant’s life” (para. 45).

This could be accomplished by, for example, evidence that the risk is increased by multiple exposures to the virus. In the absence of evidence to the contrary, the reasonable inference would be that, once an individual was infected with the virus, further exposure would not increase the risk to life. [para. 46]

On the facts of *this* case, however, Welsh J.A. concluded, at para. 36, that:

There is no evidence to establish that unprotected intercourse at that stage could expose her to a significant risk of serious bodily harm.

Nothing in these reasons is intended to foreclose the possibility that in a future case the hypothesis raised by Dr. Bowmer could be properly explored in

nature même une infraction matérielle précise non consommée, l’*actus reus* de l’infraction sera toujours imparfait, et, parfois, il en sera ainsi parce que la circonstance concomitante est absente. . . .

. . . Ces règles [les règles de droit relatives à la tentative d’infraction] s’appliquent seulement lorsque, comme en l’espèce, la *mens rea* de l’infraction consommée est présente et que l’exécution de l’*actus reus* n’est pas achevée mais dépasse le stade des simples actes préparatoires.

En l’occurrence, l’exécution de l’*actus reus* de l’infraction de voies de fait graves « n’est pas achevée mais dépasse le stade des simples actes préparatoires » (*Dynar*, précité, par. 74). C’est donc à bon droit que l’intimé a été condamné pour tentative de voies de fait graves.

I. *La preuve médicale dans les causes à venir*

L’argumentation en l’espèce était fondée sur un exposé conjoint des faits, complété par la transcription du témoignage du D^r Bowmer, dans lequel le médecin a abordé, sans être invité à l’approfondir, la question des conséquences médicales potentielles de rapports sexuels non protégés entre partenaires porteurs du VIH.

La Cour d’appel a reconnu qu’il serait possible de présenter une preuve tendant à démontrer que [TRADUCTION] « malgré l’infection, il y avait un risque sérieux pour la vie de la plaignante » (par. 45).

[TRADUCTION] Cette preuve pourrait se faire, par exemple, en démontrant que l’exposition multiple au virus accroît le risque. Mais en l’absence de preuve contraire, il serait logique de conclure que la vie d’une personne déjà infectée par le virus n’est pas davantage mise en danger par des expositions subséquentes. [par. 46]

Compte tenu des faits de la *présente cause*, toutefois, le juge Welsh a formulé la conclusion suivante, au par. 36 :

[TRADUCTION] Aucun élément de preuve n’établit que des rapports sexuels non protégés, à ce stade, pouvaient l’exposer à un risque important de lésions corporelles graves.

Les présents motifs n’excluent en rien la possibilité que, dans une cause à venir, l’hypothèse avancée par le D^r Bowmer puisse être dûment explorée en

66

67

68

69

70

the evidence, and, depending on the findings of fact, lead to a different outcome with respect to a finding of endangerment.

III. Conclusion

71

I would therefore affirm the respondent's convictions for *attempted* aggravated assault and common nuisance. I would dismiss the Crown's appeal with respect to the charge of aggravated assault.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Department of Justice, St. John's, Newfoundland and Labrador.

Solicitor for the respondent: Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's, Newfoundland and Labrador.

Solicitor for the intervener: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

preuve et qu'elle puisse entraîner, selon constatations de fait, une décision différente sur la question de la mise en danger.

III. Conclusion

Je suis donc d'avis de confirmer les condamnations de l'intimé pour *tentative* de voies de fait graves et pour nuisance publique. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public relativement à l'accusation de voies de fait graves.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère de la Justice, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intimé : Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intervenant : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

**District of Parry Sound Social Services
Administration Board** *Appellant*

v.

**Ontario Public Service Employees Union,
Local 324** *Respondent*

and

**Ontario Human Rights
Commission** *Intervener*

**INDEXED AS: PARRY SOUND (DISTRICT) SOCIAL
SERVICES ADMINISTRATION BOARD v. O.P.S.E.U.,
LOCAL 324**

Neutral citation: 2003 SCC 42.

File No.: 28819.

2003: January 24; 2003: September 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Labour relations — Arbitration — Jurisdiction — Human rights — Collective agreement providing that probationary employee may be discharged at sole discretion of and for any reason satisfactory to employer and such discharge not subject to grievance and arbitration procedures — Probationary employee discharged shortly after return from maternity leave — Employee filing grievance — Whether grievance arbitrable — Whether substantive rights and obligations of Human Rights Code implicitly incorporated within all collective agreements over which arbitrator has jurisdiction — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(1), (12)(j) — Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 5(1).

Labour relations — Collective agreement — Grievance — Procedural requirements — Arbitration — Employment standards — Probationary employee discharged shortly after return from maternity leave — Employee filing grievance — Collective agreement

**Conseil d'administration des services sociaux
du district de Parry Sound** *Appelant*

c.

**Syndicat des employés et employées de la
fonction publique de l'Ontario, section
locale 324** *Intimé*

et

**Commission ontarienne des droits de la
personne** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : PARRY SOUND (DISTRICT),
CONSEIL D'ADMINISTRATION DES SERVICES SOCIAUX
c. S.E.E.F.P.O., SECTION LOCALE 324**

Référence neutre : 2003 CSC 42.

N° du greffe : 28819.

2003 : 24 janvier; 2003 : 18 septembre.

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

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

Relations de travail — Arbitrage — Compétence — Droits de la personne — Convention collective prévoyant que l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et qu'une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être soumise à l'arbitrage — Employée à l'essai congédiée peu après son retour du congé de maternité — Dépôt d'un grief par l'employée — Le grief est-il arbitrable? — Les droits et obligations substantiels prévus par le Code des droits de la personne sont-ils implicitement incorporés dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence? — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1), (12)j) — Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1).

Relations de travail — Convention collective — Grief — Exigences procédurales — Arbitrage — Normes d'emploi — Employée à l'essai congédiée peu après son retour du congé de maternité — Dépôt d'un grief par l'employée — Convention collective prévoyant que

providing that grievance must set out section of agreement that is alleged to have been violated — Employment Standards Act barring discrimination on basis of “pregnancy leave” explicitly incorporated within all collective agreements — Employment Standards Act claim not raised by Union at any stage of proceedings — Whether Union’s failure to raise Employment Standards Act curable — Whether s. 64.5(4) of Employment Standards Act binding Union to prior decision not to seek enforcement of the Act — Whether Court of Appeal erred in raising and resolving appeal on basis of Employment Standards Act — Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 44, 64.5(1).

O was a probationary employee of the appellant employer and a member of the respondent Union. Her terms of employment were governed by a collective agreement which states that “a probationary employee may be discharged at the sole discretion of and for any reason satisfactory to the Employer and such action by the Employer is not subject to the grievance and arbitration procedures and does not constitute a difference between the parties”. Prior to the expiry of her probationary term, O went on maternity leave. Within a few days of returning to work, the employer discharged her. O filed a grievance.

The majority of the Board of Arbitration found that s. 48(12)(j) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995* (“LRA”), empowers a board of arbitration to interpret a collective agreement in a manner consistent with the *Human Rights Code* and imports the substantive rights of the *Human Rights Code* into a collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. The Board ruled that it was entitled to consider whether O had been a victim of discrimination under the *Human Rights Code*. The Divisional Court granted the employer’s application for judicial review, holding that s. 48(12)(j) confers power on a board of arbitration to interpret and apply the *Human Rights Code* when and if it already has jurisdiction to hear a grievance, but not otherwise. Because the grievance was not a difference arising out of the collective agreement, the Board did not have the jurisdiction to resolve the dispute. The Court of Appeal set aside the decision. Although the court was inclined to the view that the Divisional Court erred in its application of s. 48(12)(j) of the LRA, it preferred not to express a concluded opinion on this question. The court decided the matter with reference to the *Employment Standards Act* (“ESA”), noting, first, that s. 44 of the ESA provides that an employer shall not dismiss an employee because the employee takes “pregnancy leave” and, second, that under s. 64.5(1) of the ESA, the terms and conditions of

le grief doit préciser la disposition de la convention collective qui aurait été violée — La Loi sur les normes d’emploi interdisant la discrimination fondée sur le « congé de maternité » est explicitement incorporée dans toutes les conventions collectives — Devant aucune instance, le syndicat n’a présenté sa plainte en vertu de la Loi sur les normes d’emploi — Peut-on remédier à l’omission d’invoquer la Loi sur les normes d’emploi? — En vertu de l’art. 64.5(4) de la Loi sur les normes d’emploi, le syndicat est-il lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer la Loi? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en se reportant à la Loi sur les normes d’emploi et en tranchant l’affaire sur ce fondement? — Loi sur les normes d’emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 44, 64.5(1).

O travaillait à titre d’employée à l’essai pour l’employeur appelant et était membre du syndicat intimé. Ses conditions d’emploi étaient régies par la convention collective, qui prévoit que « l’employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l’essai pour tout motif qu’il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l’objet d’un grief ni être soumise à l’arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties ». Avant la fin de sa période d’essai, O a pris un congé de maternité. Quelques jours après son retour au travail, l’employeur l’a congédiée. Elle dépose un grief.

Le Conseil d’arbitrage conclut à la majorité que l’al. 48(12)j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario (« LRT ») habilite les conseils d’arbitrage à interpréter les conventions collectives selon le *Code des droits de la personne* et que cette disposition importe les droits substantiels reconnus par le *Code des droits de la personne* dans les conventions collectives qui relèvent de la compétence de l’arbitre. Le Conseil conclut qu’il est habilité à examiner la question de savoir si O a été victime de discrimination au regard du *Code des droits de la personne*. La Cour divisionnaire accueille la demande de contrôle judiciaire de l’employeur, déclarant que l’al. 48(12)j) habilite le conseil d’arbitrage à interpréter et à appliquer le *Code des droits de la personne* s’il a déjà compétence pour entendre un grief, mais seulement dans ce cas. Comme le grief n’est pas un différend découlant de la convention collective, le Conseil n’a pas compétence pour trancher le litige. La Cour d’appel annule la décision. Bien que la cour soit portée à conclure que la Cour divisionnaire a commis une erreur en appliquant l’al. 48(12)j) de la LRT, elle préfère ne pas se prononcer sur la question. Elle se fonde sur la *Loi sur les normes d’emploi* (« LNE ») pour trancher l’affaire, faisant remarquer d’abord que l’art. 44 de la LNE prévoit que l’employeur ne peut congédier une employée qui prend un « congé de maternité » et ensuite qu’en vertu du par.

the *ESA* are enforceable against the employer as if they were a part of the collective agreement. The Court of Appeal concluded, therefore, that the Board had jurisdiction to consider whether O's dismissal was inconsistent with s. 44.

Held (Major and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.: The Board was correct to conclude that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. Under a collective agreement, the broad rights of an employer to manage the enterprise and direct the work force are subject not only to the express provisions of the collective agreement, but also to statutory provisions of the *Human Rights Code* and other employment-related statutes. The absence of an express provision that prohibits the violation of a particular statutory right is insufficient to conclude that a violation of that right does not constitute a violation of the collective agreement. Rather, human rights and other employment-related statutes establish a floor beneath which an employer and union cannot contract. The plain and ordinary meaning of s. 48(12)(j) of the *LRA*, which provides that an arbitrator has the power "to interpret and apply human rights and other employment-related statutes, despite any conflict between those statutes and the terms of the collective agreement", affirms that grievance arbitrators have not only the power but also the responsibility to implement and enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes as if they were part of the collective agreement. Granting arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes also advances the stated purposes of the *LRA*, which include promoting the expeditious resolution of workplace disputes, and has the additional advantage of bolstering human rights protection. The fact that the Human Rights Commission currently has greater expertise than the Board in respect of human rights violations is an insufficient basis on which to conclude that a grievance arbitrator ought not to have the power to enforce the rights and obligations of the *Human Rights Code*. An alleged violation of the *Human Rights Code* therefore constitutes an alleged violation of the collective agreement and falls squarely within the Board's jurisdiction. Accordingly, the Board's finding that the discriminatory discharge of a probationary employee is arbitrable is not patently unreasonable and should be upheld.

64.5(1) de la *LNE*, les dispositions de la loi s'appliquent à l'employeur comme si elles faisaient partie de la convention collective. La Cour d'appel conclut donc que le Conseil a compétence pour déterminer si le congédiement d'O contrevient à l'art. 44.

Arrêt (les juges Major et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps : Le Conseil a eu raison de conclure que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. En vertu d'une convention collective, le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux dispositions du *Code des droits de la personne* et aux autres lois sur l'emploi. L'absence d'une disposition expresse qui interdit la violation d'un droit donné ne permet pas de conclure que la violation de ce droit ne constitue pas une violation de la convention collective. Les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi fixent plutôt un minimum auquel l'employeur et le syndicat ne peuvent pas se soustraire par contrat. Le sens courant de l'al. 48(12)j) de la *LRT*, qui prévoit que l'arbitre a le pouvoir « d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective », confirme que les arbitres des griefs ont non seulement le pouvoir mais aussi la responsabilité de mettre en œuvre et de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi comme s'ils faisaient partie de la convention collective. L'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi permet également de promouvoir les objectifs déclarés de la *LRT*, qui sont notamment la résolution rapide des conflits de travail. Elle comporte en outre l'avantage de renforcer la protection des droits de la personne. Le fait que la Commission des droits de la personne possède à l'heure actuelle une plus grande expertise que le Conseil en ce qui a trait aux violations des droits de la personne n'est pas un motif suffisant pour conclure que l'arbitre ne devrait pas avoir le pouvoir de faire respecter les droits et obligations prévus par le *Code des droits de la personne*. Une violation alléguée du *Code des droits de la personne* constitue donc une violation alléguée de la convention collective et relève directement de la compétence du Conseil. Par conséquent, la conclusion du Conseil que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai est matière à arbitrage n'est pas manifestement déraisonnable et doit être confirmée.

Even if there was no basis on which to conclude that the alleged violation of the *Human Rights Code* is arbitrable, the application of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA* leads to the conclusion that the subject matter of O's grievance is arbitrable. The joint effect of ss. 44 and 64.5(1) is that each collective agreement is deemed to contain a provision that prohibits the discharge of a probationary employee because she took or intends to take pregnancy leave. Thus, the subject matter of O's grievance clearly constitutes a dispute that arises under a collective agreement over which the Board has jurisdiction.

It was not improper for the Court of Appeal to take into account the fact that the substantive rights and obligations of the *ESA* are incorporated directly into each collective agreement. The finding under review is not the Board's finding that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against the employer, but its finding that O's grievance is arbitrable. If the Court of Appeal had upheld the Divisional Court's decision to reverse the arbitration award without taking into account the potential impact of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*, it would arguably have committed an error of law.

The Union was not bound by its prior decision not to seek enforcement of s. 44 of the *ESA* at the initial hearing. The purpose of s. 64.5(4) of the *ESA* is not to bind a union to such a prior decision, but, rather, to affirm the principle that an employee to whom a collective agreement applies is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

Lastly, the Union's failure to comply with the procedural requirements of the collective agreement, which demand that a discharge grievance must set out the section of the collective agreement that is alleged to have been violated, does not preclude the Union from subsequently raising s. 44 of the *ESA* as a potential basis of liability. Procedural requirements should not be stringently enforced in those instances where, as here, the employer suffered no prejudice.

Per Major and LeBel JJ. (dissenting): O's *Human Rights Code* claim is not the subject of the agreement between her employer and her Union, and is therefore not arbitrable. Unless the legislature passes legislation incorporating the substance of its statutes into collective agreements, it is to be assumed that unions and employers may define which employees and disputes are covered by a collective agreement and therefore have access to binding arbitration, as long as the agreement does not conflict with statute or public policy. Absent legislative action, courts should not on their own initiative interfere with the terms of a collective agreement. Here, the

Même si rien ne permettait de conclure que la violation alléguée du *Code des droits de la personne* est arbitrable, l'application de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE* mène à la conclusion que la question faisant l'objet du grief d'O est arbitrable. En vertu de l'effet combiné de l'art. 44 et du par. 64.5(1), chaque convention collective est réputée contenir une disposition qui interdit le congédiement d'une employée à l'essai parce qu'elle a pris ou elle a l'intention de prendre un congé de maternité. Ainsi, la question qui fait l'objet du grief d'O constitue clairement un différend que soulève une convention collective à l'égard de laquelle le Conseil a compétence.

La Cour d'appel pouvait donc à bon droit tenir compte du fait que les droits et obligations substantiels prévus par la *LNE* sont incorporés directement dans chaque convention collective. Le contrôle ne porte pas sur la conclusion du Conseil que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à l'employeur, mais sur sa conclusion que le grief d'O est arbitrable. Si la Cour d'appel avait maintenu la décision de la Cour divisionnaire d'annuler la décision arbitrale sans tenir compte de l'effet possible de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE*, on aurait pu soutenir qu'elle avait commis une erreur de droit.

Le syndicat n'était pas lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer l'art. 44 de la *LNE* à l'audience initiale. L'objectif du par. 64.5(4) de la *LNE* n'est pas de prévoir qu'un syndicat est lié par une telle décision antérieure, mais plutôt de confirmer le principe que l'employé visé par une convention collective n'a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

Enfin, le fait que le syndicat ne s'est pas conformé aux exigences procédurales de la convention collective, selon lesquelles un grief en matière de congédiement doit préciser la disposition de la convention collective qui aurait été violée, ne l'empêche pas d'invoquer ultérieurement l'art. 44 de la *LNE* comme fondement éventuel de la responsabilité. Les exigences procédurales ne devraient pas être rigoureusement appliquées dans les cas où, comme ici, l'employeur ne subit aucun préjudice.

Les juges Major et LeBel (dissidents): La plainte d'O fondée sur le *Code des droits de la personne* ne fait pas l'objet de la convention entre son employeur et son syndicat. Elle n'est donc pas arbitrable. À moins que le législateur n'adopte une législation incorporant la substance de ses lois dans les conventions collectives, on doit présumer que syndicats et employeurs peuvent déterminer quels employés et différends sont couverts par la convention collective et ont donc accès à l'arbitrage obligatoire, dans la mesure où la convention n'entre pas en conflit avec une loi ou l'intérêt public. À défaut d'intervention législative, les tribunaux ne devraient pas, de

Human Rights Code is not implicitly incorporated into all collective agreements. To read into s. 48(12)(j) of the *LRA* the extraordinary power to take jurisdiction of any claim based on statute, despite the plain wishes of the parties to the contract, is a subversion of the legislative intent. If the legislature wished to thus expand the power of arbitrators, it would have signalled its intent more clearly. O's dismissal is not arbitrable because her Union and her employer agreed not to cover the dismissal of probationary employees in their collective agreement, and the legislature did not intend to require that they do so.

It was improper for the Court of Appeal, *sua sponte*, to ignore the procedural requirements negotiated by the parties and raise the *ESA* argument. Article 8.06(a) of the collective agreement clearly required the Union to state "the section or sections of the Agreement which are alleged to have been violated". The Union should therefore have raised s. 44 of the *ESA*, barring employment discrimination on the basis of "pregnancy leave", which the legislature has explicitly incorporated into all collective agreements via s. 64.5(1) of the *ESA*. This the Union chose not to do. Even if the failure to raise the *ESA* might have been curable or seen as a simple procedural defect, the Union would at the very least have had the obligation to raise the matter at the arbitration stage. The Union and O should be bound by the specific claims they made and the manner in which they presented them. The Court of Appeal erred in raising this issue, not chosen by the parties.

O is not without a remedy. She may use the mechanisms carefully set out by the legislature to vindicate her human rights, and may bring her claim before the Human Rights Commission, as the employer urged and as the legislature intended.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; **referred to:** *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada*

leur propre initiative, modifier les termes d'une convention collective. Ici, le *Code des droits de la personne* n'est pas incorporé implicitement dans toutes les conventions collectives. Interpréter l'al. 48(12)(j) de la *LRT* comme s'il conférait le pouvoir extraordinaire de s'attribuer compétence sur toute plainte fondée sur une loi, malgré le désir manifeste des parties au contrat, est une subversion de l'intention du législateur. Si celui-ci souhaitait élargir ainsi le pouvoir des arbitres, il aurait indiqué son intention plus clairement. Le congédiement d'O n'est pas matière à arbitrage parce que le syndicat et l'employeur ont convenu de ne pas inclure dans la convention collective le congédiement des employés à l'essai, et le législateur n'entendait pas exiger qu'ils le fassent.

La Cour d'appel n'aurait pas dû, de son propre chef, faire abstraction des exigences procédurales négociées par les parties et fonder une argumentation sur la *LNE*. L'alinéa 8.06a) de la convention collective exige clairement du syndicat qu'il invoque « les articles de la convention qui auraient été violés ». Le syndicat aurait donc dû invoquer l'art. 44 de la *LNE*, qui interdit la discrimination dans l'emploi fondée sur le « congé de maternité » et que le législateur a explicitement incorporé dans toutes les conventions collectives via le par. 64.5(1) de la *LNE*. Or, il a choisi de ne pas le faire. Même si on aurait peut-être pu remédier à l'omission d'invoquer la *LNE* ou la considérer comme un simple vice de procédure, le syndicat aurait au moins été tenu de soulever la question à l'étape de l'arbitrage. Le syndicat et O devraient être liés par les plaintes spécifiques qu'ils ont déposées et par la manière dont ils l'ont fait. La Cour d'appel a commis une erreur en soulevant cette question, que les parties avaient décidé de ne pas invoquer.

O n'est pas sans recours. Elle peut faire appel aux mécanismes soigneusement conçus par le législateur pour assurer la défense de ses droits de la personne et elle peut porter plainte devant la Commission des droits de la personne, comme le recommande l'employeur et comme l'a voulu le législateur.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt appliqué : *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; **arrêts mentionnés :** *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Société*

(Labour Relations Board), [1995] 1 S.C.R. 157; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486 (1975)*, 8 O.R. (2d) 103; *Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada, Local 2995 (Trudel) (Re)* (2002), 106 L.A.C. (4th) 41; *Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)* (2000), 84 L.A.C. (4th) 289; *Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141 (1977)*, 15 L.A.C. (2d) 140; *Aro Canada Inc. and I.A.M., Re* (1988), 34 L.A.C. (3d) 255; *Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 144.

By Major J. (dissenting)

McLeod v. Egan, [1975] 1 S.C.R. 517; *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603.

Statutes and Regulations Cited

Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 44, 64.5(1)-(4) [ad. 1996, c. 23, s. 18].
Employment Standards Act, 1968, S.O. 1968, c. 35, s. 11(2).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 5(1) [am. 1999, c. 6, s. 28(5)].
Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(8)3 [rep. & sub. 1992, c. 21, s. 23(3)].
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A., s. 48(1), (12).

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated April 2003, release 39).
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Ontario. Ministry of Labour. *Proposed Reform of the Ontario Labour Relations Act*. Toronto: Ministry of Labour, 1991.
 Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. I. Oxford: Clarendon Press, 1989, "apply".
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.

Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail), [1995] 1 R.C.S. 157; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486 (1975)*, 8 O.R. (2d) 103; *Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada, Local 2995 (Trudel) (Re)* (2002), 106 L.A.C. (4th) 41; *Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)* (2000), 84 L.A.C. (4th) 289; *Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141 (1977)*, 15 L.A.C. (2d) 140; *Aro Canada Inc. and I.M.A., Re* (1988), 34 L.A.C. (3d) 255; *Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 144.

Citée par le juge Major (dissident)

McLeod c. Egan, [1975] 1 R.C.S. 517; *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603.

Lois et règlements cités

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1) [mod. 1999, ch. 6, art. 28(5)].
Employment Standards Act, 1968, S.O. 1968, ch. 35, art. 11(2).
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1), (12).
Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 44, 64.5(1)-(4) [aj. 1996, ch. 23, art. 18].
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 45(8)3 [abr. & rempl. 1992, ch. 21, art. 23(3)].

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated April 2003, release 39).
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Ontario. Ministère du Travail. *Projet de réforme de la Loi de l'Ontario sur les relations de travail*. Toronto: Ministère du Travail, 1991.
Trésor de la langue française, t. 3. Paris: Centre national de la recherche scientifique, 1974, « appliquer ».
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.

Weiler, Paul. “The Remedial Authority of the Labour Arbitrator: Revised Judicial Version” (1974), 52 *Can. Bar Rev.* 29.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 54 O.R. (3d) 321, 147 O.A.C. 183, 10 C.C.E.L. (3d) 290, 40 C.H.R.R. D/190, 2002 C.L.L.C. ¶210-005, [2001] O.J. No. 2316 (QL), setting aside a judgment of the Divisional Court (2000), 131 O.A.C. 122, 2000 C.L.L.C. ¶220-336, [2000] O.J. No. 475 (QL). Appeal dismissed, Major and LeBel JJ. dissenting.

William G. Horton, Cathy Beagan Flood and Robert B. Budd, for the appellant.

Timothy G. M. Hadwen and Peggy E. Smith, for the respondent.

Naomi Overend and Prabhu Rajan, for the intervenor.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal raises questions about the application of human rights and other employment-related statutes in the context of a collective agreement. More specifically, does a grievance arbitrator have the power to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes and, if so, under what circumstances? As I discuss in these reasons, I conclude that a grievance arbitrator has the power and responsibility to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes as if they were part of the collective agreement. Consequently, I would dismiss the appeal.

I. Background

Joanne O’Brien was a probationary employee of the appellant District of Parry Sound Social Services Administration Board and a member of the respondent Ontario Public Service Employees Union (the “Union”). Her terms of employment were governed by a collective agreement negotiated between the

Weiler, Paul. « The Remedial Authority of the Labour Arbitrator : Revised Judicial Version » (1974), 52 *R. du B. can.* 29.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2001), 54 O.R. (3d) 321, 147 O.A.C. 183, 10 C.C.E.L. (3d) 290, 40 C.H.R.R. D/190, 2002 C.L.L.C. ¶210-005, [2001] O.J. No. 2316 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour divisionnaire (2000), 131 O.A.C. 122, 2000 C.L.L.C. ¶220-336, [2000] O.J. No. 475 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Major et LeBel sont dissidents.

William G. Horton, Cathy Beagan Flood et Robert B. Budd, pour l’appelant.

Timothy G. M. Hadwen et Peggy E. Smith, pour l’intimé.

Naomi Overend et Prabhu Rajan, pour l’intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le pourvoi soulève des questions au sujet de l’application des lois ayant trait aux droits de la personne et des autres lois ayant trait à l’emploi dans le cadre de la convention collective. Plus précisément, l’arbitre des griefs est-il habilité à faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par ces lois et, le cas échéant, dans quelles circonstances? Comme je l’explique dans les présents motifs, il a le pouvoir et la responsabilité de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par ces lois comme s’ils faisaient partie de la convention collective. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Le contexte

Joanne O’Brien travaillait à titre d’employée à l’essai pour l’appelant, le Conseil d’administration des services sociaux du district de Parry Sound, et était membre de l’intimé, le Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l’Ontario (le « Syndicat »). Ses conditions d’emploi étaient

parties. For the purposes of this appeal, the most important provision of the collective agreement is Article 5.01:

ARTICLE 5 – MANAGEMENT RIGHTS

5.01 The Union recognizes that the management of the operations and the direction of the employees are fixed exclusively in the Employer and shall remain solely with the Employer except as expressly limited by the clear and explicit language of some other provision of this Agreement and, without restricting the generality of the foregoing, the Union acknowledges that it is the exclusive function of the Employer to:

- (b) hire, assign, retire, promote, demote, classify, transfer, direct, lay off, recall and to suspend, discipline or discharge employees who have successfully completed their probationary period for just cause provided that a claim by an employee who has successfully completed his/her probationary period that she/he has been disciplined, suspended or discharged without just cause may be the subject of a grievance and dealt with as hereinafter provided;

3 Under Article 5.01, the Union recognizes that management has the right to manage the enterprise and direct the work force, subject only to express provisions of the collective agreement that provide otherwise. On its face, Article 5.01 is sufficiently broad to include the right of the employer to discharge an employee. Under paragraph (b), a claim by an employee who has successfully completed his or her probationary period that she or he has been disciplined without just cause may be the subject of a grievance. The right of the appellant to manage the enterprise is thus subject to the right of an employee who has completed the probationary period not to be discharged without just cause. There is no provision that limits the right of the employer to discharge a probationary employee. To the contrary, Article 8.06(a), under the heading “Grievance Procedure”, states that “a probationary employee may be discharged at the sole discretion of and for any reason satisfactory to the Employer and such action by the

régies par la convention collective qu’avaient négociée les parties. Pour les besoins du pourvoi, la disposition la plus importante de la convention collective est l’art. 5.01.

[TRADUCTION]

ARTICLE 5 – DROITS DE GESTION

5.01 Le Syndicat reconnaît que la gestion des opérations et la direction du personnel sont déterminées exclusivement par l’employeur et demeurent exclusivement la prérogative de l’employeur, sauf disposition expresse contraire de la présente convention. Il reconnaît notamment qu’il est du ressort exclusif de l’employeur :

- b) d’embaucher, d’affecter à un poste, de mettre à la retraite, de promouvoir, de rétrograder, de classer, de muter, d’orienter, de mettre à pied, de rappeler au travail, de suspendre ou de congédier pour un motif valable un employé à l’essai qui a réussi sa période d’essai, ou de lui imposer une peine disciplinaire, pourvu que la plainte de l’employé qui a été suspendu, visé par la peine disciplinaire ou congédié sans motif valable, puisse faire l’objet d’un grief conformément aux dispositions prévues aux présentes;

Aux termes de l’art. 5.01, le Syndicat reconnaît que la direction a le droit de gérer l’entreprise et de diriger son personnel, sous réserve seulement des dispositions expresses contraires de la convention collective. À première vue, l’art. 5.01 est suffisamment général pour comprendre le droit pour l’employeur de congédier un employé. En vertu de l’al. b), l’employé qui a réussi sa période d’essai peut présenter un grief s’il prétend avoir subi une peine disciplinaire sans motif valable. Le droit de l’appelant de gérer l’entreprise est donc subordonné à celui de l’employé qui a terminé sa période d’essai de ne pas être congédié sans motif valable. Aucune disposition ne limite le droit de l’employeur de congédier un employé à l’essai. Au contraire, sous la rubrique [TRADUCTION] « Procédure de règlement des griefs », l’al. 8.06a) prévoit que [TRADUCTION] « l’employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l’essai pour tout motif qu’il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l’objet

Employer is not subject to the grievance and arbitration procedures and does not constitute a difference between the parties”.

Prior to the expiry of her probationary term, Ms. O'Brien went on maternity leave. Within a few days of returning to work, the appellant discharged her. On June 26, 1998, Ms. O'Brien filed a grievance with the Union. The grievance alleged as follows:

I grieve that I have been discharged from my position without justification and that this decision was arbitrary, discriminatory, in bad faith and unfair.

At the arbitration hearing, the appellant objected on the basis that the Board of Arbitration (the “Board”) did not have jurisdiction over the subject matter of the grievance. It was the appellant’s submission that the collective agreement clearly expressed that it was the parties’ intention that the discharge of a probationary employee was not arbitrable. The appellant submitted that the parties have the right to make such a bargain and that it would be a jurisdictional error for the Board to resolve the dispute.

II. Relevant Legislative Provisions

Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14

44. An employer shall not intimidate, discipline, suspend, lay off, dismiss or impose a penalty on an employee because the employee is or will become eligible to take, intends to take or takes pregnancy leave or parental leave.

64.5 (1) If an employer enters into a collective agreement, the Act is enforceable against the employer with respect to the following matters as if it were part of the collective agreement:

1. A contravention of or failure to comply with the Act that occurs when the collective agreement is in force.

(2) An employee to whom a collective agreement applies (including an employee who is not a member of the trade union) is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

d’un grief ni être soumise à l’arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties ».

Avant la fin de sa période d’essai, M^{me} O’Brien a pris un congé de maternité. Quelques jours après son retour au travail, elle a été congédiée. Le 26 juin 1998, elle a déposé devant le Syndicat un grief ainsi libellé :

[TRADUCTION] Je dépose un grief parce que j’ai été congédiée sans motif et que cette décision est arbitraire, discriminatoire, injuste et entachée de mauvaise foi.

À l’audience d’arbitrage, l’appelant a contesté en faisant valoir que le Conseil d’arbitrage (le « Conseil ») n’avait pas compétence sur la question faisant l’objet du grief. Il a affirmé que la convention collective indiquait clairement que les parties voulaient que le congédiement d’un employé à l’essai ne soit pas matière à arbitrage. Il a soutenu que les parties ont le droit de conclure un tel accord et que le Conseil commettrait une erreur de compétence s’il se prononçait sur le différend.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les normes d’emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14

44 Nul employeur ne doit intimider, suspendre, mettre à pied ou congédier un employé ni lui imposer une peine disciplinaire ou prendre des sanctions à son égard du fait que celui-ci est ou deviendra admissible à un congé de maternité ou à un congé parental ou du fait qu’il a l’intention de le prendre ou qu’il le prenne.

64.5 (1) Si un employeur conclut une convention collective, la Loi s’applique à l’employeur à l’égard des questions suivantes comme si elle faisait partie de la convention collective :

1. Une contravention à la Loi, ou l’inobservation de celle-ci, qui est commise pendant que la convention collective est en vigueur.

(2) L’employé à qui une convention collective s’applique (y compris l’employé qui n’est pas membre du syndicat) n’a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

4

5

(3) Despite subsection (2), the Director may permit an employee to file or maintain a complaint under the Act if the Director considers it appropriate in the circumstances.

(4) An employee to whom a collective agreement applies (including an employee who is not a member of the trade union) is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement, including a decision not to seek the enforcement of the Act.

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A

48. (1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration, without stoppage of work, of all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

(12) An arbitrator or the chair of an arbitration board, as the case may be, has power,

- (a) to require any party to furnish particulars before or during a hearing;
- (b) to require any party to produce documents or things that may be relevant to the matter and to do so before or during the hearing;
- (c) to fix dates for the commencement and continuation of hearings;
- (d) to summon and enforce the attendance of witnesses and to compel them to give oral or written evidence on oath in the same manner as a court of record in civil cases; and
- (e) to administer oaths and affirmations,

and an arbitrator or an arbitration board, as the case may be, has power,

- (f) to accept the oral or written evidence as the arbitrator or the arbitration board, as the case may be, in its discretion considers proper, whether admissible in a court of law or not;
- (g) to enter any premises where work is being done or has been done by the employees or in which the employer carries on business or where anything

(3) Malgré le paragraphe (2), le directeur peut permettre à un employé de déposer ou de maintenir une plainte en vertu de la Loi s'il estime qu'il est opportun de ce faire dans les circonstances.

(4) L'employé à qui une convention collective s'applique (y compris l'employé qui n'est pas membre du syndicat) est lié par une décision prise par le syndicat relativement à l'application de la Loi en vertu de la convention, y compris une décision de ne pas tenter d'appliquer la Loi.

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A

48. (1) Chaque convention collective [contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue violation de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

(12) L'arbitre ou le président d'un conseil d'arbitrage, selon le cas, a le pouvoir :

- a) d'exiger qu'une partie fournisse des détails avant ou pendant une audience;
- b) d'exiger qu'une partie produise, avant ou pendant l'audience, des pièces ou des objets pouvant être pertinents;
- c) de fixer la date de commencement des audiences et les dates où elles doivent se poursuivre;
- d) d'assigner des témoins, de les contraindre à comparaître et à témoigner sous serment, oralement ou par écrit, de la même manière qu'une cour d'archives en matière civile;
- e) de faire prêter serment et de faire faire les affirmations solennelles,

et l'arbitre ou le conseil d'arbitrage, selon le cas, a le pouvoir :

- f) de recevoir la preuve orale ou écrite qu'il estime, à sa discrétion, utile, qu'elle soit admissible ou non devant une cour de justice;
- g) de pénétrer dans un local où les employés accomplissent ou ont accompli un travail ou dans lequel l'employeur exploite son entreprise,

is taking place or has taken place concerning any of the differences submitted to the arbitrator or the arbitration board, and inspect and view any work, material, machinery, appliance or article therein, and interrogate any person respecting any such thing or any of such differences;

- (h) to authorize any person to do anything that the arbitrator or arbitration board may do under clause (g) and to report to the arbitrator or the arbitration board thereon;
- (i) to make interim orders concerning procedural matters;
- (j) to interpret and apply human rights and other employment-related statutes, despite any conflict between those statutes and the terms of the collective agreement.

Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19

5.—(1) Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, record of offences, marital status, same-sex partnership status, family status or handicap.

III. Judicial History

A. *Arbitration Award (February 1, 1999)*

The majority of the Board found that the collective agreement, considered alone, imposed no restriction on the right of the employer to discharge probationary employees. The language of the collective agreement clearly indicated that it was not the parties' intention that the discharge of a probationary employee would be arbitrable.

The majority of the Board then considered the impact of s. 48(12)(j) of the *Labour Relations Act, 1995* ("LRA"). The Board found that s. 48(12)(j) obligates and empowers a board of arbitration to interpret a collective agreement in a manner consistent with the *Human Rights Code*. Section 48(12)(j), in other words, imports the substantive rights of the *Human Rights Code* into a collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. The majority of the Board thus determined that it had

ou dans lequel se produisent ou se sont produits des événements relatifs à tout différend soumis à l'arbitre ou au conseil d'arbitrage, d'inspecter et d'examiner tout ouvrage, matériau, appareil, article ou toute machinerie qui s'y trouvent et d'interroger quiconque à ce sujet;

- h) d'autoriser quiconque à exercer les pouvoirs énumérés à l'alinéa g) et de lui en faire rapport;
- i) de rendre des ordonnances provisoires concernant des questions de procédure;
- j) d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective.

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19

5 (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, le partenariat avec une personne de même sexe, l'état familial ou un handicap.

III. Les jugements antérieurs

A. *Décision arbitrale (1^{er} février 1999)*

Le Conseil conclut à la majorité que la convention collective, considérée isolément, ne restreint nullement le droit de l'employeur de congédier des employés à l'essai. Le texte de la convention collective indique clairement que les parties ne veulent pas que le congédiement d'un employé à l'essai soit soumis à l'arbitrage.

Les membres majoritaires du Conseil examinent ensuite l'effet de l'al. 48(12)(j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (« LRT »). D'après le Conseil, cette disposition oblige et habilite un conseil d'arbitrage à interpréter les conventions collectives selon le *Code des droits de la personne*. Autrement dit, l'al. 48(12)(j) importe les droits substantiels reconnus par le *Code des droits de la personne* dans les conventions collectives qui relèvent de la compétence de l'arbitre. Le Conseil décide

the power and responsibility to hear and determine the narrow question of whether discrimination was a factor in the discharge of Ms. O'Brien.

8 Board member O'Byrne dissented on the basis that s. 48(12)(j) of the *LRA* can only be utilized if an arbitrator has jurisdiction in the first instance. In his view, the fact that the difference did not arise out of the express terms and conditions of the collective agreement should have been sufficient to dispose of the matter. He concluded that the Board did not have jurisdiction to resolve this dispute.

B. *Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court)* (2000), 131 O.A.C. 122

9 On an application for judicial review, O'Leary J. held that s. 48(12)(j) of the *LRA* confers power on a board of arbitration to interpret and apply the *Human Rights Code* when and if it already has jurisdiction to hear a grievance, but not otherwise. On this view, the Board has jurisdiction only over differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the express terms and conditions of the collective agreement. Because the grievance was not a difference arising out of the collective agreement, O'Leary J. was of the view that the Board did not have the jurisdiction to resolve the dispute. If there is no difference arising out of the four corners of the collective agreement, s. 48(12)(j) is of no application.

C. *Ontario Court of Appeal* (2001), 54 O.R. (3d) 321

10 According to Morden J.A., the approach adopted by the Divisional Court gives too narrow a meaning to s. 48(12)(j) of the *LRA*. In his view, s. 48(12)(j) requires arbitrators to interpret the collective agreement in the context of the relevant statutory provisions. The collective agreement must be read in light of human rights and other employment-related statutes. If the terms of the collective agreement are in conflict with the *Human Rights Code*, the *Human Rights Code* will prevail. Applying this reasoning to the facts of this case, Morden J.A. found that the right of the employer under the collective

donc à la majorité qu'il a le pouvoir et la responsabilité d'entendre et de trancher la question précise de savoir si la discrimination a constitué un facteur dans le congédiement de M^{me} O'Brien.

Le conseiller O'Byrne est dissident parce qu'il estime que l'al. 48(12)j) de la *LRT* ne peut être invoqué que si l'arbitre a d'emblée compétence. À son avis, le fait que le différend ne concerne pas les dispositions expresses de la convention collective suffit pour trancher la question. Il conclut que le Conseil n'a pas compétence pour régler le différend.

B. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire)* (2000), 131 O.A.C. 122

À propos d'une demande de contrôle judiciaire, le juge O'Leary statue que l'al. 48(12)j) de la *LRT* habilite le conseil d'arbitrage à interpréter et à appliquer le *Code des droits de la personne* s'il a déjà compétence pour entendre un grief, mais seulement dans ce cas. Selon cette interprétation, le Conseil n'a compétence qu'à l'égard des différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue violation des dispositions expresses de la convention collective. Comme le grief n'est pas un différend découlant de la convention collective, le juge O'Leary considère que le Conseil n'a pas compétence pour trancher le litige. Si le différend ne concerne pas la teneur même de la convention collective, l'al. 48(12)j) ne s'applique pas.

C. *Cour d'appel de l'Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 321

Selon le juge Morden, la Cour divisionnaire a interprété trop restrictivement l'al. 48(12)j) de la *LRT*. À son avis, cette disposition oblige les arbitres à interpréter les conventions collectives en tenant compte des dispositions législatives pertinentes. Les conventions collectives doivent être interprétées d'après les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi. Les dispositions du *Code des droits de la personne* l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute convention collective. Appliquant ce raisonnement aux faits de l'espèce, le juge Morden considère que le droit conféré par

agreement to discharge a probationary employee “for any reason satisfactory to the employer” is in direct conflict with s. 5(1) of the *Human Rights Code*. He concluded that Article 8.06 should be read down not to include the power to discharge for discriminatory reasons.

In the end, however, Morden J.A. chose not to rely on the preceding analysis for the purpose of disposing of the appeal. His reasoning was that he felt that the requirement of an express conflict between the statute and the collective agreement could involve some incongruity. In his view, the requirement of a direct conflict between the statute and the agreement would have the incongruous result that an arbitrator will find the dispute arbitrable and resolve it on the basis of the external statute where the parties have said something inconsistent with the statute, but not where they have said nothing at all on the matter. Noting that this feature of s. 48(12)(j) results in some uncertainty regarding the scope of its application, Morden J.A. chose not to resolve the matter on this basis.

Instead, Morden J.A. decided the matter with reference to the *Employment Standards Act* (“*ESA*”), which he considered to be a much firmer ground. Morden J.A. first noted that s. 44 of the *ESA* provides that an employer shall not dismiss an employee because the employee takes pregnancy leave or parental leave. He then noted that under s. 64.5(1) of the *ESA* the terms and conditions of the Act are enforceable against the employer as if they were a part of the collective agreement. In view of the direct incorporation of the *ESA* into the collective agreement, Morden J.A. found that the Board had jurisdiction to consider whether the dismissal of Ms. O’Brien was inconsistent with s. 44 of the *ESA*.

Morden J.A. rejected the appellant’s submission that the court should not resolve the matter with reference to the *ESA* because the statute was not raised before the Board; he did so on the basis that the appellant would suffer no prejudice if the matter was resolved in this manner. Having concluded that the Board had jurisdiction to resolve the grievance,

la convention collective à l’employeur de congédier un employé à l’essai « pour tout motif qu’il juge acceptable » contrevient directement au par. 5(1) du *Code des droits de la personne*. Il conclut qu’il convient d’atténuer l’interprétation de l’art. 8.06 de sorte qu’il ne confère pas le pouvoir de congédier une personne pour des motifs discriminatoires.

En fin de compte, le juge Morden choisit toutefois de ne pas utiliser l’analyse qui précède pour trancher l’appel parce qu’il estime que l’exigence d’une incompatibilité explicite entre la loi et la convention collective pourrait donner lieu à une certaine incongruité. En effet, l’arbitre pourrait, selon lui, conclure que le différend est arbitrable et le trancher en fonction d’une loi non constitutive lorsque les parties ont prévu quelque chose qui est incompatible avec la loi, mais non lorsqu’elles n’ont rien prévu relativement à cette question. Soulignant que cette caractéristique de l’al. 48(12)(j) donne lieu à une incertitude quant à sa portée, le juge Morden décide de ne pas se fonder sur cette disposition pour trancher l’affaire.

Le juge Morden se fonde plutôt sur la *Loi sur les normes d’emploi* (« *LNE* »), qui constitue selon lui un argument bien plus solide. Il fait tout d’abord remarquer que l’art. 44 de la *LNE* prévoit qu’un employeur ne peut congédier un employé qui prend un congé de maternité ou un congé parental. Il souligne ensuite qu’en vertu du par. 64.5(1) de la *LNE*, les dispositions de la loi s’appliquent à l’employeur comme si elles faisaient partie de la convention collective. La *LNE* étant directement incorporée dans la convention collective, le juge Morden conclut que le Conseil a compétence pour déterminer si le congédiement de M^{me} O’Brien contrevient à l’art. 44 de la *LNE*.

Le juge Morden rejette l’argument de l’appellant que la cour ne devrait pas trancher l’affaire en se fondant sur la *LNE*, celle-ci n’ayant pas été invoquée devant le Conseil; à son avis, l’appellant ne subirait aucun préjudice si l’affaire était tranchée de cette manière. Ayant conclu que le Conseil avait compétence pour connaître du grief, le juge Morden

11

12

13

Morden J.A. allowed the appeal and made an order dismissing the application for judicial review.

IV. Issues

14 The principal question in this appeal concerns the Board's finding that Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. In reviewing this finding, the primary substantive question to be answered is whether the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into a collective agreement over which the Board has jurisdiction. A second question that arises is whether it was appropriate for the Court of Appeal to determine that the subject matter of the grievance is arbitrable on the basis that the substantive rights and obligations of the *ESA* are incorporated into the collective agreement.

15 I also note that the Ontario Human Rights Commission has intervened in this appeal for the purpose of ensuring that its jurisdiction is not ousted because the aggrieved employee is a party to a collective agreement over which the Board has jurisdiction. The Commission submits that if the Court finds that the grievance is arbitrable, the Board and the Commission have concurrent jurisdiction. In my view, it is unnecessary to determine this matter at the present time. Consequently, in concluding that a grievance arbitrator has the power and responsibility to enforce the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* in this case, I make no holding on whether the jurisdiction of the Human Rights Commission is ousted by that of the Board.

V. Analysis

A. *What is the Appropriate Standard of Review?*

16 Where an arbitration board is called upon to determine whether a matter is arbitrable, it is well-established that a reviewing court can only intervene in the case of a patently unreasonable error. See for example *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell*, [1980] 1 S.C.R. 245; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; and *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487.

accueille l'appel et rend une ordonnance par laquelle il rejette la demande de contrôle judiciaire.

IV. Les questions en litige

La question principale en l'espèce concerne la conclusion du Conseil que le grief de M^{me} O'Brien est arbitrable. Pour le contrôle de cette conclusion, il faut d'abord essentiellement se demander si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans une convention collective relevant de la compétence du Conseil. Il faut ensuite se demander si la Cour d'appel a eu raison de décider qu'il y a matière à arbitrage du fait que les droits et obligations substantiels prévus par la *LNE* sont incorporés dans la convention collective.

Je souligne en outre que la Commission ontarienne des droits de la personne est intervenue en l'espèce afin de s'assurer que sa compétence ne soit pas écartée parce que l'employée lésée est assujettie à une convention collective à l'égard de laquelle le Conseil a compétence. Elle fait valoir que, si la Cour conclut que le grief est arbitrable, le Conseil et elle-même ont compétence concurrente. À mon sens, il est inutile de trancher cette question pour le moment. Par conséquent, en concluant que l'arbitre des griefs a le pouvoir et la responsabilité de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* en l'espèce, je ne statue pas sur la question de savoir si la compétence de la Commission des droits de la personne est écartée par celle du Conseil.

V. Analyse

A. *Quelle est la norme de contrôle appropriée?*

Quand un conseil d'arbitrage est appelé à décider s'il y a matière à arbitrage, il est bien établi que la cour de révision ne peut intervenir qu'en cas d'erreur manifestement déraisonnable. Voir, par exemple, *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178, *Douglas Aircraft Co. of Canada c. McConnell*, [1980] 1 R.C.S. 245, *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, et *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487.

This high degree of curial deference to the decisions of arbitration boards is necessary to maintain the integrity of the grievance arbitration process. As Cory J. wrote in *Toronto Board of Education, supra*, at para. 36, “the whole purpose of a system of grievance arbitration is to secure prompt, final and binding settlement of disputes arising out of the interpretation or application of collective agreements and the disciplinary actions taken by an employer”. This is a basic requirement for peace and harmony in industrial relations, which is important both to the parties and to society as a whole. The protective clause found in s. 48(1) of the *LRA* is the legislative recognition that the basic nature of labour disputes requires their prompt and final resolution by expert tribunals.

The patent unreasonableness standard is a very high standard that will not easily be met. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 57, the Court described the difference between an unreasonable and patently unreasonable decision in the following terms:

The difference . . . lies in the immediacy or obviousness of the defect. If the defect is apparent on the face of the tribunal’s reasons, then the tribunal’s decision is patently unreasonable. But if it takes some significant searching or testing to find the defect, then the decision is unreasonable but not patently unreasonable. As Cory J. observed in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 963, “[i]n the Shorter Oxford English Dictionary ‘patently’, an adverb, is defined as ‘openly, evidently, clearly’”. This is not to say, of course, that judges reviewing a decision on the standard of patent unreasonableness may not examine the record. If the decision under review is sufficiently difficult, then perhaps a great deal of reading and thinking will be required before the judge will be able to grasp the dimensions of the problem. . . . But once the lines of the problem have come into focus, if the decision is patently unreasonable, then the unreasonableness will be evident. [Emphasis added.]

17

Ce degré élevé de retenue judiciaire à l’égard des décisions des conseils d’arbitrage des griefs est nécessaire pour maintenir l’intégrité de l’arbitrage des griefs. Comme le dit le juge Cory dans *Conseil de l’éducation de Toronto*, précité, par. 36, « le but de l’arbitrage des griefs est d’assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends concernant l’interprétation ou l’application d’une convention collective, ainsi que les mesures disciplinaires prises par les employeurs ». C’est une exigence de paix et d’harmonie qui est fondamentale dans le domaine des relations industrielles et qui est importante pour les parties et l’ensemble de la société. La clause de protection contenue dans le par. 48(1) de la *LRT* est la reconnaissance législative que la nature fondamentale des conflits de travail commande un règlement rapide et définitif par des tribunaux possédant l’expertise voulue.

18

La norme du caractère manifestement déraisonnable est une norme très stricte à laquelle il n’est pas aisé de satisfaire. Dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 57, la Cour expose ainsi la différence entre une décision « déraisonnable » et une décision « manifestement déraisonnable » :

La différence [. . .] réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s’il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable. Comme l’a fait observer le juge Cory dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 963, « [d]ans le Grand Larousse de la langue française, l’adjectif manifeste est ainsi défini : “Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente” ». Cela ne veut pas dire, évidemment, que les juges qui contrôlent une décision en regard de la norme du caractère manifestement déraisonnable ne peuvent pas examiner le dossier. Si la décision contrôlée par un juge est assez complexe, il est possible qu’il lui faille faire beaucoup de lecture et de réflexion avant d’être en mesure de saisir toutes les dimensions du problème. [. . .] Mais une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira. [Je souligne.]

See also *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29.

B. *Was the Arbitration Award Patently Unreasonable?*

19 As La Forest J. noted in *Dayco, supra*, at p. 251, the collective agreement is the “foundation” of a grievance arbitrator’s jurisdiction. Absent a violation of the collective agreement, a grievance arbitrator has no jurisdiction over a dispute; if the alleged misconduct does not constitute a violation of the collective agreement, there is no basis on which to conclude that a dispute is arbitrable.

20 In the present case, the parties are in agreement that the express provisions of the collective agreement in question impose no fetters on the employer’s right to discharge a probationary employee. The Union, however, submits that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is implicit in the collective agreement between the parties. If this is the case, there is no doubt that the discriminatory discharge of a probationary employee is arbitrable. Under s. 5(1), every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination. Ms. O’Brien’s grievance — that she was discharged for discriminatory reasons — falls squarely within s. 5(1) of the *Human Rights Code*. If s. 5(1) is implicit in the collective agreement between the parties, the grievance falls squarely within the ambit of the collective agreement as well. But if s. 5(1) of the *Human Rights Code* is not incorporated into the collective agreement between the parties, it is equally obvious that the discriminatory discharge of a probationary employee is not arbitrable.

21 Consequently, the critical issue to be determined at the arbitration hearing was whether or not the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which the Board has jurisdiction. Put a different way, it is only once this issue has been resolved that the lines of the problem come into focus. This, in my opinion, is an issue that the Board must resolve correctly. As the Court concluded in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 49, there may be instances in which the

Voir aussi *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29.

B. *La décision arbitrale était-elle manifestement déraisonnable?*

Comme l’a fait remarquer le juge La Forest dans *Dayco*, précité, p. 251, la convention collective est le « fondement » de la compétence de l’arbitre des griefs. En l’absence d’une violation de la convention collective, l’arbitre des griefs n’a pas compétence; si la conduite reprochée ne constitue pas une violation de la convention collective, aucun motif ne permet de conclure que le différend est arbitrable.

En l’espèce, les parties sont convenues que les dispositions expresses de la convention collective en question ne restreignent aucunement le droit de l’employeur de congédier un employé à l’essai. Le Syndicat soutient toutefois que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* est implicite dans la convention collective entre les parties. Si tel est le cas, il est certain que le congédiement discriminatoire d’un employé à l’essai est arbitrable. Aux termes du par. 5(1), toute personne a droit à un traitement égal en matière d’emploi sans discrimination. Le grief de M^{me} O’Brien — elle aurait été congédiée pour des motifs discriminatoires — est nettement visé par le par. 5(1) du *Code des droits de la personne*. Si le par. 5(1) est implicite dans la convention collective entre les parties, le grief est nettement visé également par la convention collective. Mais si le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* n’est pas incorporé dans la convention collective entre les parties, il est tout aussi évident que le renvoi discriminatoire d’un employé à l’essai n’est pas arbitrable.

Il est donc essentiel de déterminer à l’audience d’arbitrage si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l’égard de laquelle le Conseil a compétence. Autrement dit, c’est seulement une fois que cette question aura été tranchée que les contours du problème se préciseront. Il s’agit là, à mon sens, d’une question que le Conseil doit trancher correctement. Comme la Cour l’a conclu dans *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 49, il peut arriver que la décision d’un

reasonableness of a tribunal's decision is dependent on it having correctly answered a question of law in the course of reaching that decision. If the critical question that the tribunal must answer is a question of law that is outside its area of expertise and that the legislature did not intend to leave to the tribunal, the tribunal must answer that question correctly.

The question of whether the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which the Board has jurisdiction is not, in my view, a question that the legislature intended to leave to the Board. The Board's expertise does not lie in answering legal questions of general applicability, but, rather, in the interpretation of collective agreements and the resolution of factual disputes related to those agreements. See for example *Dayco, supra*, at p. 266, and *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 336. Determining whether the substantive rights and obligations of an external statute are incorporated into a collective agreement is a legal question of broad applicability that does not fall within an arbitrator's core area of expertise. Although the Board has the power to determine whether the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into the collective agreement, the Court has the power to interfere if the Board resolved the issue incorrectly.

For the reasons that follow, it is my conclusion that the Board was correct to conclude that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which the Board has jurisdiction. Under a collective agreement, the broad rights of an employer to manage the enterprise and direct the work force are subject not only to the express provisions of the collective agreement, but also to statutory provisions of the *Human Rights Code* and other employment-related statutes.

(1) The Case Law

The leading case regarding the effect of employment-related statutes on the content of collective agreements is *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R.

tribunal puisse être considérée comme raisonnable s'il a tranché correctement une question de droit en rendant cette décision. Si la question critique que le tribunal doit trancher est une question de droit qui échappe à son domaine d'expertise et que le législateur n'entendait pas lui confier, le tribunal doit trancher cette question correctement.

La question de savoir si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle le Conseil a compétence n'est pas, selon moi, une question que le législateur entendait lui confier. L'expertise du Conseil ne réside pas dans les questions juridiques de portée générale, mais bien dans l'interprétation de conventions collectives et le règlement de conflits factuels y afférents. Voir, par exemple, *Dayco*, précité, p. 266, et *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 336. Examiner si les droits et obligations substantiels prévus par une loi non constitutive sont incorporés dans une convention collective est une question de droit de portée générale qui déborde le domaine d'expertise fondamental de l'arbitre. Bien que le Conseil soit compétent pour décider si les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans la convention collective, la Cour a le droit d'intervenir s'il tranche la question incorrectement.

Pour les motifs exposés ci-après, je juge que le Conseil a eu raison de conclure que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle il a compétence. En vertu d'une convention collective, le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux dispositions du *Code des droits de la personne* et aux autres lois sur l'emploi.

(1) La jurisprudence

L'arrêt de principe exposant l'effet que les lois sur l'emploi ont sur la teneur des conventions collectives est *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517. Avant

22

23

24

517. Prior to *McLeod*, the prevailing view was that an arbitrator was not authorized to apply statutes in the course of grievance arbitration other than as an aid to interpreting a collective agreement: D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (loose-leaf ed.), at p. 2-60. On this view, an arbitrator had no alternative but to construe and apply a collective agreement in accordance with its express terms and conditions. If the alleged misconduct did not constitute a violation of an express provision of the collective agreement, the subject matter of the dispute was not arbitrable. In *McLeod*, however, the Court established that it is necessary to look outside the collective agreement in order to ascertain the substantive rights and obligations of the parties to that agreement.

25

In *McLeod*, the appellant employee alleged that he had been disciplined for refusing to work beyond 48 hours in a week. The collective agreement between the parties contained a broad management rights clause that expressly stated that the control of all operations and working forces, including the right to discipline employees and to schedule operations, is vested solely in the employer, subject only to the express provisions of the collective agreement. There were no provisions of the collective agreement that limited the right of an employer to require an employee to work overtime beyond 48 hours a week. In the absence of language limiting the broad power vested in the employer, the arbitrator concluded that insofar as the collective agreement was concerned the employer was entitled to discipline an employee who refused to work in excess of 48 hours a week.

26

The Court, however, concluded that an arbitrator must look beyond the four corners of the collective agreement in order to determine the limits on an employer's right to manage operations. Under a collective agreement, this right is subject not only to the express provisions of the agreement, but also to statutory provisions such as s. 11(2) of the *Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, c. 35 (the "ESA, 1968"). Martland J. held as follows, at p. 523:

cet arrêt, on estimait généralement qu'un arbitre n'était pas autorisé à appliquer des lois dans le cadre de l'arbitrage si ce n'était pour l'aider à interpréter une convention collective : D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (éd. feuilles mobiles), p. 2-60. Selon ce point de vue, l'arbitre n'avait d'autre choix que d'interpréter et d'appliquer une convention collective conformément à ses dispositions expresses. Si le manquement allégué ne constituait pas une violation d'une disposition expresse de la convention collective, il n'y avait pas matière à arbitrage. Dans *McLeod*, la Cour a toutefois conclu qu'il est nécessaire d'aller au-delà de la convention collective afin d'établir les droits et obligations substantiels des parties visées par la convention.

Dans *McLeod*, l'employé appelant a allégué avoir fait l'objet d'une mesure disciplinaire pour avoir refusé de travailler plus de 48 heures dans une même semaine. La convention collective liant les parties contenait une clause générale sur les droits de gestion indiquant expressément que le contrôle des opérations et du personnel, y compris le droit d'imposer des peines disciplinaires ou d'établir le calendrier des opérations, était du ressort exclusif de l'employeur, sous réserve seulement des dispositions expresses de la convention collective. Aucune disposition de la convention collective ne limitait le droit de l'employeur d'exiger qu'un employé travaille plus de 48 heures par semaine. L'arbitre a conclu qu'en l'absence d'une disposition limitant le pouvoir général conféré à l'employeur, ce dernier avait le droit, dans la mesure où la convention collective était concernée, d'imposer une peine disciplinaire à l'employé qui refusait de travailler au-delà de 48 heures dans une semaine.

La Cour a toutefois statué que l'arbitre doit aller au-delà de la convention collective pour déterminer les limites du pouvoir de gestion des opérations que possède l'employeur. En vertu d'une convention collective, ce droit est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention, mais aussi aux dispositions législatives comme le par. 11(2) de la *Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, ch. 35 (la « Loi de 1968 »). Le juge Martland dit à la p. 523 :

The basic provision of the Act is that which places a maximum limit upon the working hours of an employee of eight in the day and forty-eight in the week. Any provision of an agreement which purported to give to an employer an unqualified right to require working hours in excess of those limits would be illegal, and the provisions of art. 2.01 of the collective agreement, which provided that certain management rights should remain vested in the Company, could not, in so far as they preserved the Company's right to require overtime work by its employees, enable the Company to require overtime work in excess of those limits.

Put another way, the absence of a provision that expressly prohibits an employer from requiring an employee to work in excess of 48 hours a week does not mean that the right to manage operations includes the right to violate s. 11(2) of the *ESA, 1968*. Management rights must be exercised not only in accordance with the express provisions of the collective agreement, but also in accordance with the employee's statutory rights. As Martland J. concluded, at p. 524, "[b]y the operation of the statute, the right to require overtime beyond 48 hours per week from any individual employee had been taken away from the employer and became subject to the rights of the employee under s. 11(2)".

Major J. states that this case stands for the proposition that a union and employer are restricted from making an agreement contrary to law. This rule, he states, is no more than a modern application of a long-standing rule that courts will not enforce contracts that are illegal or against public policy. This may be true, but I believe it important to consider carefully what it was that made the collective agreement in *McLeod* objectionable. In *McLeod*, the collective agreement did not expressly state that the employer was authorized to require overtime beyond 48 hours a week. It did, however, contain a broad management rights clause that recognized the employer's right to control all operations and working forces, including the right to discipline employees and to schedule operations. The collective agreement was objectionable because the powers it extended to the employer were sufficiently broad to include the

La disposition fondamentale de la Loi est celle qui fixe la durée maximum du travail d'un employé à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine. Toute disposition d'une convention qui prétendrait donner à l'employeur un droit non restreint d'exiger de ses employés du travail au-delà de cette durée serait illégale, et les dispositions de l'art. 2.01 de la convention collective, qui prévoit que certains droits de la gestion demeurent du ressort de la compagnie, ne peuvent pas, dans la mesure où elles conservent à la compagnie le droit d'exiger du travail supplémentaire de ses employés, habiliter celle-ci à demander qu'ils travaillent au-delà de cette durée maximum.

En d'autres termes, l'absence d'une disposition qui interdit expressément à l'employeur d'exiger qu'un employé travaille plus de 48 heures par semaine ne signifie pas que le droit de gestion des opérations comporte le droit de violer le par. 11(2) de la *Loi de 1968*. Les droits de gestion doivent être exercés non seulement conformément aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi conformément aux droits conférés à l'employé par la loi. Le juge Martland a ajouté : « [d]e par l'effet de la Loi, le droit d'exiger d'un employé quelconque qu'il travaille au-delà d'une période de quarante-huit heures par semaine avait été retiré à l'employeur et devenait assujetti aux droits de l'employé prévus au par. (2) de l'art. 11 » (p. 524).

Le juge Major est d'avis que cet arrêt permet d'affirmer que le syndicat et l'employeur ne peuvent conclure une convention contraire à la loi. Cette règle, dit-il, n'est que l'application moderne d'une ancienne règle selon laquelle les tribunaux ne forceront pas l'exécution de contrats illégaux ou contraires à l'ordre public. Cela est peut-être vrai, mais je crois qu'il importe d'analyser attentivement ce qui était répréhensible dans la convention collective en cause dans *McLeod*. Dans cette affaire-là, la convention collective ne précisait pas expressément que l'employeur était autorisé à obliger un employé à travailler plus de 48 heures par semaine. Elle renfermait cependant une clause générale sur les droits de gestion reconnaissant que le contrôle des opérations et du personnel, y compris le droit d'imposer des peines disciplinaires ou d'établir le calendrier des opérations, était du ressort de l'employeur. Ce qui était répréhensible dans la convention collective,

power to violate its employees' rights under s. 11(2) of the *ESA, 1968*.

28

As a practical matter, this means that the substantive rights and obligations of employment-related statutes are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. A collective agreement might extend to an employer a broad right to manage the enterprise as it sees fit, but this right is circumscribed by the employee's statutory rights. The absence of an express provision that prohibits the violation of a particular statutory right is insufficient to conclude that a violation of that right does not constitute a violation of the collective agreement. Rather, human rights and other employment-related statutes establish a floor beneath which an employer and union cannot contract.

29

As a result, the substantive rights and obligations of the parties to a collective agreement cannot be determined solely by reference to the mutual intentions of the contracting parties as expressed in that agreement. Under *McLeod*, there are certain terms and conditions that are implicit in the agreement, irrespective of the mutual intentions of the contracting parties. More specifically, a collective agreement cannot be used to reserve the right of an employer to manage operations and direct the work force otherwise than in accordance with its employees' statutory rights, either expressly or by failing to stipulate constraints on what some arbitrators regard as management's inherent right to manage the enterprise as it sees fit. The statutory rights of employees constitute a bundle of rights to which the parties can add but from which they cannot derogate.

30

In some sense, *McLeod* is inconsistent with the traditional view that a collective agreement is a private contract between equal parties, and that the parties to the agreement are free to determine what does or does not constitute an arbitrable difference. But this willingness to consider factors other than the parties' expressed intention is consistent with the

c'est qu'elle conférerait à l'employeur une autorité suffisamment générale pour comprendre le pouvoir pour l'employeur de violer les droits de ses employés prévus au par. 11(2) de la *Loi de 1968*.

En pratique, cela signifie que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. Une convention collective peut accorder à l'employeur le droit général de gérer l'entreprise comme il le juge indiqué, mais ce droit est restreint par les droits conférés à l'employé par la loi. L'absence d'une disposition expresse qui interdit la violation d'un droit donné ne permet pas de conclure que la violation de ce droit ne constitue pas une violation de la convention collective. Les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi fixent plutôt un minimum auquel l'employeur et le syndicat ne peuvent pas se soustraire par contrat.

Par conséquent, on ne peut pas déterminer les droits et obligations substantiels des parties à une convention collective en se reportant uniquement aux intentions réciproques qu'ont exprimées les parties contractantes dans la convention. En vertu de l'arrêt *McLeod*, certaines dispositions sont implicites dans la convention, quelles que soient les intentions réciproques des parties contractantes. Plus précisément, il est interdit qu'une convention collective réserve le droit de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel autrement que conformément aux droits garantis par la loi aux employés, que ce soit expressément ou par omission de préciser les limites à ce que certains arbitres considèrent comme le droit inhérent de la direction de gérer l'entreprise comme elle le juge indiqué. Les droits reconnus aux employés par la loi constituent un ensemble de droits que les parties peuvent élargir mais auquel elles ne peuvent rien enlever.

D'une certaine manière, l'arrêt *McLeod* ne concorde pas avec le point de vue traditionnel selon lequel une convention collective est un contrat privé entre des parties égales et les parties à la convention sont libres de déterminer ce qui constitue ou non un différend arbitral. Mais le souci de tenir compte de facteurs autres que l'intention exprimée par les

fact that collective bargaining and grievance arbitration has both a private and public function. The collective agreement is a private contract, but a contract that serves a public function: the peaceful resolution of labour disputes. See for example Professor P. Weiler, "The Remedial Authority of the Labour Arbitrator: Revised Judicial Version" (1974), 52 *Can. Bar Rev.* 29, at p. 31. This dual purpose is reflected in the fact that the content of a collective agreement is, in part, fixed by external statutes. Section 48(1) of the *LRA*, for example, dictates that every collective agreement must provide for final and binding settlement by arbitration of all differences arising under a collective agreement. Section 64.5(1) of the *ESA* provides that the Act is enforceable against an employer as if it was part of the collective agreement. In each collective agreement, certain procedural requirements and substantive rights and obligations are mandatory. In *McLeod*, the Court determined that these include the obligation of an employer to exercise its management rights in accordance with the statutory rights of its employees.

(2) Application of the Case Law

As in *McLeod*, the collective agreement at issue in this appeal expressly recognizes the employer's broad right to manage the enterprise and direct the work force as it sees fit, subject only to express terms providing otherwise. Article 5.01, under the heading "Management Rights", provides as follows:

5.01 The Union recognizes that the management of the operations and the direction of the employees are fixed exclusively in the Employer and shall remain solely with the Employer except as expressly limited by the clear and explicit language of some other provision of this Agreement . . .

Under the traditional view, the management rights recognized therein are unlimited, except to the extent that the express provisions of the collective agreement provide otherwise. In the absence of a provision in the collective agreement that limits the right of the employer to discharge a probationary

parties se concilie avec le fait que la négociation collective et l'arbitrage ont une fonction qui est à la fois privée et publique. La convention collective est un contrat privé, mais un contrat qui sert une fonction publique : le règlement pacifique des conflits de travail. Voir, par exemple, le professeur P. Weiler, « The Remedial Authority of the Labour Arbitrator : Revised Judicial Version » (1974), 52 *R. du B. can.* 29, p. 31. Cette double fonction ressort du fait que le contenu d'une convention collective est fixé, en partie, par des lois non constitutives. Par exemple, le par. 48(1) de la *LRT* prescrit que chaque convention collective doit contenir une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive, de tout différend que soulève cette convention. Le paragraphe 64.5(1) de la *LNE* prévoit que cette loi s'applique à l'employeur comme si elle faisait partie de la convention collective. Dans chaque convention collective, certaines exigences procédurales et certains droits et obligations substantiels sont obligatoires. Dans *McLeod*, la Cour a déterminé que c'est le cas notamment de l'obligation pour l'employeur d'exercer ses droits de gestion conformément aux droits reconnus aux employés par la loi.

(2) Application de la jurisprudence

Comme dans *McLeod*, la convention collective en cause en l'espèce reconnaît expressément le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel comme il le juge indiqué, sous réserve seulement des dispositions expresses contraires. Sous la rubrique [TRADUCTION] « Droits de gestion », l'art. 5.01 prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

5.01 Le Syndicat reconnaît que la gestion des opérations et la direction du personnel sont déterminées exclusivement par l'employeur et demeurent exclusivement la prérogative de l'employeur, sauf disposition expresse contraire de la présente convention. . .

Selon le point de vue traditionnel, les droits de gestion reconnus dans cette disposition sont illimités, sauf dispositions expresses contraires de la convention collective. En l'absence, dans la convention collective, d'une disposition qui limite le droit de l'employeur de congédier un employé à l'essai pour des

employee for discriminatory reasons, Ms. O'Brien's grievance is non-arbitrable.

32

Under *McLeod*, a collective agreement cannot extend to an employer the right to violate the statutory rights of its employees. On the contrary, the broad power of the appellant to manage operations and direct employees is subject not only to the express provisions of the agreement, but also to the statutory rights of its employees. Just as the collective agreement in *McLeod* could not extend to the employer the right to require overtime in excess of 48 hours, the collective agreement in the current appeal cannot extend to the appellant the right to discharge an employee for discriminatory reasons. Under a collective agreement, as under laws of general application, the right to direct the work force does not include the right to discharge a probationary employee for discriminatory reasons. The obligation of an employer to manage the enterprise and direct the work force is subject not only to express provisions of the collective agreement, but also to the statutory rights of its employees, including the right to equal treatment in employment without discrimination.

33

The one factor that distinguishes this case from *McLeod* is the fact that there is more evidence that the parties to the agreement specifically turned their minds to the subject matter of the grievance and agreed that it was not arbitrable. In *McLeod*, the collective agreement contained a broad management rights clause, but did not directly address the right of the employer to require overtime beyond 48 hours a week. Thus, it is difficult to prove with any degree of certainty that it was the mutual intention of the parties that the collective agreement extend to the employer the right to require overtime in violation of s. 11(2) of the *ESA, 1968*. In this case, the collective agreement contains both a broad management rights clause and an express statement that "[n]otwithstanding anything in this Agreement, a probationary employee may be discharged at the sole discretion of and for any reason satisfactory to the Employer and such action by the Employer is not subject to the grievance and arbitration procedures and does not constitute a difference between

motifs discriminatoires, le grief de M^{me} O'Brien est non arbitrable.

En vertu de l'arrêt *McLeod*, une convention collective ne peut pas accorder à l'employeur le droit de violer les droits reconnus aux employés par la loi. Au contraire, le pouvoir général de l'appelant de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention, mais aussi aux droits reconnus aux employés par la loi. Tout comme la convention collective dans *McLeod* ne pouvait pas accorder à l'employeur le droit d'exiger des heures supplémentaires au-delà de 48 heures, la convention collective en l'espèce ne peut pas conférer à l'appelant le droit de renvoyer un employé pour des motifs discriminatoires. En vertu d'une convention collective, comme sous le régime des lois d'application générale, le droit de diriger le personnel ne comprend pas celui de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires. L'obligation de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonnée non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux droits reconnus aux employés par la loi, y compris le droit à un traitement égal, sans discrimination.

La caractéristique qui distingue la présente affaire de *McLeod* est qu'il y a davantage d'éléments de preuve indiquant que les parties à la convention se sont spécifiquement penchées sur la question qui fait l'objet du grief et ont convenu qu'elle n'était pas arbitrable. Dans *McLeod*, la convention collective contenait une clause générale sur les droits de gestion, mais ne traitait pas directement du droit de l'employeur d'exiger que ses employés travaillent plus de 48 heures par semaine. Il est donc difficile de prouver avec certitude que les parties voulaient toutes les deux que la convention collective accorde à l'employeur le droit d'exiger du temps supplémentaire en violation du par. 11(2) de la *Loi de 1968*. En l'espèce, la convention collective comporte une clause générale sur les droits de gestion et une mention expresse que [TRADUCTION] « [m]algré toute disposition de la présente convention, l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être

the parties". Article 8.06(a) might be understood as an explicit expression of the parties' mutual intention that the discriminatory discharge of a probationary employee is not arbitrable.

In response to this line of argument, I should state that I am not entirely comfortable attributing this intention to the parties. Although the language of Article 8.06(a) is broad, it cannot be established, as a matter of fact, that the parties reached a common understanding that the discriminatory discharge of a probationary employee is non-arbitrable. It is more likely, in my view, that the mutual intention was to affirm the right of the employer to discharge a probationary employee who did not perform his or her tasks to the employer's satisfaction. As O'Leary J. rightly observed, it is sometimes difficult for an employer to assess a candidate without hiring that employee for a probationary period; it is not unreasonable that the employer would have the right to assess whether the probationary employee has adequately satisfied the requirements of the post. I find it unlikely, however, that it was the parties' mutual intention to affirm the right of the employer to discharge a probationary employee on the basis of human rights grounds, namely, race, ancestry, place of origin, colour, ethnic origin, citizenship, creed, sex, sexual orientation, age, record of offences, marital status, same-sex partnership status, family status or handicap.

But even if Article 8.06(a) does, in fact, reflect a common intention that the discriminatory discharge of a probationary employee is not an arbitrable dispute, I remain of the view that Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. One reason I say this is that s. 48(1) of the *LRA* states that every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration of all differences between the parties arising under the collective agreement. Section 48(1) prohibits the parties from enacting provisions stating that a violation of the collective agreement is non-arbitrable. By the operation of s. 5(1) of the *Human Rights Code*, the right of

soumise à l'arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties ». On pourrait considérer que l'al. 8.06a) est l'expression explicite de la volonté réciproque des parties que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai ne puisse être soumis à l'arbitrage.

En réponse à cet argument, il me faut préciser que je ne suis pas tout à fait à l'aise avec l'idée de prêter cette intention aux parties. Même si le libellé de l'al. 8.06a) est général, on ne peut pas établir automatiquement que les parties en sont arrivées à conclure d'un commun accord que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai est non arbitrable. À mon avis, il est plus probable que leur intention réciproque était de confirmer le droit de congédier un employé à l'essai qui n'exécute pas ses tâches à la satisfaction de l'employeur. Comme le juge O'Leary l'a fait observer à juste titre, il est parfois difficile pour un employeur d'évaluer un candidat sans tout d'abord l'embaucher pour une période d'essai; il n'est pas déraisonnable que l'employeur ait le droit d'examiner si l'employé à l'essai a rempli correctement les exigences du poste. J'estime qu'il est toutefois peu probable que les parties aient eu l'intention commune de confirmer le droit de l'employeur de congédier un employé à l'essai pour l'un des motifs relatifs aux droits de la personne, c'est-à-dire la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, le statut de partenaire de même sexe, l'état familial ou un handicap.

Quoi qu'il en soit, même si l'al. 8.06a) démontre effectivement que les parties ne voulaient pas que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai soit matière à arbitrage, j'estime que le grief de M^{me} O'Brien est arbitrable. Et ce, notamment, parce que le par. 48(1) de la *LRT* prévoit que chaque convention collective doit contenir une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive, de tout différend entre les parties que soulève cette convention. Le paragraphe 48(1) interdit aux parties de prendre des dispositions stipulant qu'une violation de la convention collective est non arbitrable. Par suite de l'application du par. 5(1) du *Code*

probationary employees to equal treatment without discrimination is implicit in the collective agreement, and thus the discriminatory discharge of a probationary employee constitutes a violation of that agreement. To the extent that Article 8.06(a) establishes that an allegation that the discriminatory discharge of a probationary employer is non-arbitrable, it is void as contrary to s. 48(1) of the *LRA*.

36

More fundamentally, the interpretation of Article 8.06(a) that it reflects a common intention is inconsistent with the principle that under a collective agreement an employer's right to manage operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement but also to the employees' statutory rights, irrespective of the parties' subjective intentions. In *McLeod*, the Court stated that any provision that purports to give to an employer the right to require working hours in excess of 48 hours a week is void. The same logic applies to a provision that purports to give to an employer the right to discharge a probationary employee for discriminatory reasons. Even if the parties to the agreement had enacted a substantive provision that clearly expressed that, insofar as the collective agreement is concerned, the employer possessed the right to discharge a probationary employee for discriminatory reasons, that provision would be void. Put simply, there are certain rights and obligations that arise irrespective of the parties' subjective intentions. These include the right of an employee to equal treatment without discrimination and the corresponding obligation of an employer not to discharge an employee for discriminatory reasons. To hold otherwise would lessen human rights protection in the unionized workplace by allowing employers and unions to treat such protections as optional, thereby leaving recourse only to the human rights procedure.

37

The effect of my analysis is to modify Article 8.06(a). Under this analysis, it is only a probationary employee being discharged "at the sole lawful

des droits de la personne, le droit des employés à l'essai à un traitement égal, sans discrimination, est implicite dans la convention collective. Le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai constitue donc une violation de cette convention. Dans la mesure où il établit que l'allégation que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai est non arbitrable, l'al. 8.06a) est nul parce qu'il est contraire au par. 48(1) de la *LRT*.

Ce qui est plus fondamental, c'est que l'interprétation de l'al. 8.06a) selon laquelle elle traduit une intention commune contrevient au principe qu'en vertu d'une convention collective, le droit de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux droits reconnus aux employés par la loi, peu importe les intentions subjectives des parties. Dans *McLeod*, la Cour dit que toute disposition visant à conférer à l'employeur le droit d'exiger que des employés travaillent plus de 48 heures par semaine est nulle. La même logique s'applique à toute disposition visant à conférer à l'employeur le droit de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires. Même si les parties à la convention avaient adopté une disposition substantielle indiquant clairement que, dans la mesure où la convention collective est concernée, l'employeur a le droit de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires, cette disposition serait nulle. En termes simples, certains droits et obligations existent indépendamment des intentions subjectives des parties. Il s'agit notamment du droit de l'employé à un traitement égal, sans discrimination, et de l'obligation correspondante de l'employeur de ne pas congédier un employé pour des motifs discriminatoires. Toute conclusion contraire affaiblirait la protection des droits de la personne en milieu de travail syndiqué en permettant aux employeurs et aux syndicats de traiter cette protection comme si elle était optionnelle, ce qui ne laisserait comme seul recours qu'une action en matière de droits de la personne.

L'effet de mon analyse est de modifier l'al. 8.06a). Selon cette analyse, la seule question qui n'oppose pas les parties porte sur le fait que

discretion of and for any lawful reason satisfactory to the Employer” that does not constitute a difference between the parties. Any exercise of this discretion otherwise than in accordance with a probationary employee’s rights under the *Human Rights Code* and other employment-related statutes is an arbitrable difference under the collective agreement.

(3) Section 48(12)(j) of the LRA

Having determined that *McLeod* established that an employer’s right to manage the operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement but also to the right of each employee to equal treatment without discrimination, the question that arises is whether this principle applies under s. 48(12)(j) of the *LRA*. Put directly, did the enactment of s. 48(12)(j) displace or otherwise restrict the principles established in *McLeod*? If it did not, the Board was correct to conclude that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are implicit in a collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction.

To begin with, I think it useful to stress the presumption that the legislature does not intend to change existing law or to depart from established principles, policies or practices. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614, for example, Fauteux J. (as he then was) wrote that “a Legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed”. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077, Lamer J. (as he then was) wrote that “in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law”.

In my view, s. 48(12)(j) does not clearly indicate that it was the legislature’s intention to alter the principles described above. Quite the opposite. I believe that the amendments to the legislation affirm that

l’employeur puisse, « à son entière discrétion légitime, congédier un employé à l’essai pour tout motif légitime qu’il juge acceptable ». Tout exercice de ce pouvoir discrétionnaire qui ne respecte pas les droits reconnus à l’employé à l’essai par le *Code des droits de la personne* et les autres lois sur l’emploi constitue un différend arbitrable selon la convention collective.

(3) Alinéa 48(12)j) de la LRT

Comme il a été déterminé que *McLeod* a établi que le droit de l’employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective mais aussi au droit de chacun des employés à un traitement égal, sans discrimination, il s’agit de savoir si ce principe s’applique en vertu de l’al. 48(12)j) de la *LRT*. Autrement dit, l’adoption de l’al. 48(12)j) a-t-elle écarté ou restreint de quelque manière que ce soit les principes établis dans *McLeod*? Si ce n’est pas le cas, le Conseil a eu raison de conclure que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont implicites dans une convention collective à l’égard de laquelle l’arbitre a compétence.

Tout d’abord, je pense qu’il est utile d’insister sur la présomption que le législateur n’a pas l’intention de modifier le droit existant ni de s’écarter des principes, politiques ou pratiques établis. Dans *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614, par exemple, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) écrit : [TRADUCTION] « le législateur n’est pas censé s’écarter du régime juridique général sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire, sinon la loi reste inchangée ». Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) écrit que « le législateur n’est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l’intention de modifier les règles de droit commun pré-existantes ».

À mon avis, l’al. 48(12)j) n’indique pas clairement que le législateur avait l’intention de modifier les principes susmentionnés. Bien au contraire. Je crois que les modifications à la loi confirment que

38

39

40

grievance arbitrators have not only the power but also the responsibility to implement and enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes as if they were part of the collective agreement. If the right of an employer to manage operations and direct the work force is subject to both the express provisions of the collective agreement and the employee's statutory rights, then it follows that a grievance arbitrator must have the power to implement and enforce those rights.

41 This conclusion is consistent with the modern approach to statutory interpretation. As this Court has repeatedly stated, the proper approach to statutory interpretation is that endorsed by the noted author E. A. Driedger, in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87: "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". See for example *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. A consideration of these factors supports the proposition that under s. 48(12)(j) of the *LRA* an arbitrator has the power to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes that are, under the legal principles established in *McLeod*, part of the collective agreement.

(i) *The Plain and Ordinary Meaning of Section 48(12)(j) of the LRA*

42 The primary factor that supports this conclusion is the very language of s. 48(12)(j), which provides that an arbitrator has the power "to interpret and apply human rights and other employment-related statutes, despite any conflict between those statutes and the terms of the collective agreement".

43 The power to interpret and apply a particular statute would, in my view, ordinarily be understood to include the power to implement and enforce the substantive rights and obligations contained therein. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989),

les arbitres des griefs ont non seulement le pouvoir mais aussi la responsabilité de mettre en œuvre et de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi comme s'ils faisaient partie de la convention collective. Si le droit de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné à la fois aux dispositions expresses de la convention collective et aux droits reconnus aux employés par la loi, l'arbitre des griefs doit avoir le pouvoir de mettre en œuvre et de faire respecter ces droits.

Cette conclusion cadre bien avec la méthode moderne d'interprétation législative. Comme la Cour l'a maintes fois répété, la méthode appropriée d'interprétation législative est celle approuvée par le célèbre auteur E. A. Driedger, dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87 : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». Voir, par exemple, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. L'examen de ces facteurs permet d'affirmer qu'en vertu de l'al. 48(12)(j) de la *LRT*, l'arbitre a le pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi qui, selon les principes juridiques établis dans *McLeod*, font partie de la convention collective.

(i) *Le sens ordinaire de l'al. 48(12)(j) de la LRT*

Le principal facteur qui permet d'arriver à cette conclusion est le libellé même de l'al. 48(12)(j), qui prévoit qu'un arbitre a le pouvoir « d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective ».

J'estime que le pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi comprend celui de mettre en œuvre et de faire respecter les droits et obligations substantiels qui y sont prévus. Selon le *Trésor de la langue française* (1974), t. 3, p. 302, le sens juridique de

vol. I, at p. 577, states that to “apply” means to “bring (a law, rule, test, principle, etc.) into contact with facts, to bring to bear practically, to put into practical operation”. Major J. suggests that my reasons do not respect the intention of the legislature. In my view, the use of the phrase “to interpret and apply human rights and other employment-related statutes” indicates that it was the legislature’s intention that an arbitrator would have the power not only to enforce those rights and obligations that are expressly provided for in the collective agreement, but those that are provided for in human rights and employment-related statutes as well. My colleague’s reasons leave unanswered the question of what result the legislature intended when it specifically incorporated the power of an arbitrator to interpret and apply human rights and other employment-related statutes into the *LRA*.

The appellant submits that the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes arises only when there is a direct conflict between the collective agreement and the statute. Read grammatically, s. 48(12)(j) supports precisely the opposite conclusion. Section 48(12)(j) does not state that the power arises if, and only if, there is a conflict between the collective agreement and the employment-related statute, but that it arises even if there is a conflict between the agreement and the statute. The obvious implication is that a conflict between the collective agreement and an employment-related statute is not a condition precedent of the power to bring that statute into practical operation.

Considered alone, the language of s. 48(12)(j) reinforces the principles discussed above, namely, that the right of an employer to manage operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement, but also to its employees’ statutory rights. For this to be the case, an arbitrator must have the power to implement and enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes. Section 48(12)(j) does not displace or otherwise restrict the principles discussed above, but, rather, affirms that an arbitrator does, in fact, have the power to bring human rights and other employ-

« appliquer » est « [m]ettre en pratique les dispositions d’une loi, d’un règlement dans tel cas particulier ». Le juge Major estime que ma conclusion ne respecte pas l’intention du législateur. À mon avis, le membre de phrase « d’interpréter et d’appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l’emploi » indique que le législateur entendait que l’arbitre ait le pouvoir non seulement de faire respecter les droits et obligations expressément prévus dans la convention collective, mais aussi ceux prévus dans les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi. Les motifs de mon collègue laissent entière la question de savoir à quel résultat s’attendait le législateur en incorporant explicitement dans la *LRT* le pouvoir de l’arbitre d’interpréter et d’appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi.

L’appelant fait valoir que le pouvoir d’interpréter et d’appliquer ces lois n’existe que lorsqu’il y a incompatibilité directe entre la convention collective et la loi. Selon son sens grammatical, l’al. 48(12)(j) entraîne la conclusion exactement contraire. Cet alinéa ne prévoit pas que ce pouvoir n’existe que dans les cas où il y a incompatibilité entre la convention collective et la loi sur l’emploi, mais plutôt qu’il existe même en cas d’incompatibilité entre la convention et la loi. Il en découle manifestement que l’existence d’une incompatibilité entre la convention collective et une loi sur l’emploi n’est pas une condition préalable à l’exercice du pouvoir permettant de mettre la loi en application.

Pris isolément, le texte de l’al. 48(12)(j) renforce les principes énoncés ci-dessus, à savoir que le droit de l’employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux droits reconnus à ses employés par la loi. Pour que cela soit possible, l’arbitre doit avoir le pouvoir de mettre en application et de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi. L’alinéa 48(12)(j) n’écarte pas et ne restreint pas de quelque manière que ce soit les principes dont il a été question plus haut, mais, au

44

45

ment-related statutes into practical operation. In any event, I am of the view that the inclusion of a management rights clause that is sufficiently broad to include the right of management to discharge a probationary employee for discriminatory reasons gives rise to a conflict between the statute and the collective agreement.

(ii) *The Scheme of the Act*

46

The appellant's primary submission is that an arbitrator has the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes if, and only if, it already has been determined that the arbitrator has jurisdiction over the subject matter of the grievance. According to the appellant, an arbitrator's primary source of jurisdiction is s. 48(1), which states that each collective agreement shall provide for final and binding settlement by arbitration of a difference arising out of that agreement. Section 48(12)(j), on the other hand, sets out the powers that an arbitrator possesses once it already has been determined that a grievance is arbitrable. On this view, the power to interpret and apply other statutes is merely one among nine other incidental powers that an arbitrator may exercise for the purpose of resolving a difference over which she or he already has jurisdiction.

47

To a certain extent, I would agree. Indeed, the structure of s. 48 does seem to suggest that an arbitrator is intended to interpret and apply human rights and other employment-related statutes for the purpose of resolving a dispute that is arbitrable. This understanding of s. 48(12)(j) is consistent with the language of its predecessor, s. 45(8)3 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, which provided as follows:

45. . . .

(8) An arbitrator or arbitration board shall make a final and conclusive settlement of the differences between the parties and, for that purpose, has the following powers:

-
3. To interpret and apply the requirements of human rights and other employment-related statutes,

contraire, il confirme que l'arbitre possède effectivement le pouvoir de mettre en application ces lois. De toute façon, j'estime que l'insertion, au chapitre des droits de gestion, d'une clause assez générale pour inclure le droit de la direction de congédier un employé à l'essai pour des motifs discriminatoires crée une incompatibilité entre la loi et la convention collective.

(ii) *L'esprit de la Loi*

L'appelant fait principalement valoir qu'un arbitre n'a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi que s'il a déjà été déterminé qu'il a compétence sur la question faisant l'objet du grief. Selon l'appelant, l'arbitre tire essentiellement son pouvoir du par. 48(1), qui prévoit que chaque convention collective doit contenir une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive, de tout différend que soulève cette convention. Par contre, l'al. 48(12)j) énumère les pouvoirs que l'arbitre possède une fois qu'il a été déterminé qu'il y a matière à arbitrage. Selon cette conception, le pouvoir d'interpréter et d'appliquer d'autres lois fait simplement partie des neuf autres pouvoirs accessoires que l'arbitre peut exercer afin de régler un différend à l'égard duquel il a déjà compétence.

Je serais d'accord jusqu'à un certain point. La structure même de l'art. 48 semble effectivement indiquer que l'arbitre est censé interpréter et appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi afin de régler un différend arbitral. Cette interprétation de l'al. 48(12)j) cadre bien avec le libellé de la disposition qu'il a remplacée, c'est-à-dire la disposition 45(8)3 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2 :

45. . . .

(8) L'arbitre ou le conseil d'arbitrage procède au règlement définitif des différends entre les parties et, à cette fin, a les pouvoirs suivants :

-
3. Il peut interpréter et appliquer les exigences des lois ayant trait aux droits de la personne et des

despite any conflict between those requirements and the terms of the collective agreement. [Emphasis added.]

The inclusion of the phrase “for that purpose” provides support for the proposition that the legislature envisioned that a dispute must be arbitrable before an arbitrator obtains the power to interpret and apply human rights and other employment-related statutes.

But even if it is true that a dispute must be arbitrable before an arbitrator obtains the power to interpret and apply the *Human Rights Code*, it does not thereby follow that an alleged contravention of an express provision of a collective agreement is a condition precedent of an arbitrator’s authority to enforce the substantive rights and obligations of employment-related statutes. Under *McLeod*, the broad right of an employer to manage operations and direct the work force is subject not only to the express provisions of the collective agreement but also to the statutory rights of its employees. This means that the right of a probationary employee to equal treatment without discrimination is implicit in each collective agreement. This, in turn, means that the dismissal of an employee for discriminatory reasons is, in fact, an arbitrable difference, and that the arbitrator has the power to interpret and apply the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* for the purpose of resolving that difference.

Consequently, it cannot be inferred from the scheme of the *LRA* that it was the legislature’s intention to displace or otherwise restrict the legal principles enunciated in *McLeod*. The appellant’s submissions in respect of the structure of s. 48 are consistent with the conclusion that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. If an arbitrator is to enforce an employer’s obligation to exercise its management rights in accordance with the statutory provisions that are implicit in each collective agreement, the arbitrator must have the power to interpret and apply human rights and other

autres lois ayant trait à l’emploi, malgré toute incompatibilité entre ces exigences et les conditions de la convention collective. [Je souligne.]

L’ajout de l’expression « à cette fin » permet d’avancer que l’intention du législateur était que le grief doit être arbitrable avant que l’arbitre ait le pouvoir d’interpréter et d’appliquer les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi.

Mais même s’il est vrai que le grief doit être arbitrable avant que l’arbitre ait le pouvoir d’interpréter et d’appliquer le *Code des droits de la personne*, il ne s’ensuit pas nécessairement qu’une violation alléguée d’une disposition expresse d’une convention collective soit une condition préalable à son pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l’emploi. En vertu de l’arrêt *McLeod*, le droit général de l’employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective mais aussi aux droits reconnus à ses employés par la loi. Cela signifie que le droit d’un employé à l’essai à un traitement égal, sans discrimination, est implicite dans chaque convention collective. En contrepartie, cela veut dire que le congédiement d’un employé pour des motifs discriminatoires est effectivement un différend arbitrable et que l’arbitre a le pouvoir d’interpréter et d’appliquer les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* pour régler ce différend.

Par conséquent, on ne peut pas déduire de l’esprit de la *LRT* que le législateur voulait écarter ou limiter de quelque manière que ce soit les principes juridiques établis dans *McLeod*. Les arguments de l’appelant concernant la structure de l’art. 48 se concilient avec la conclusion que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont implicites dans chaque convention collective à l’égard de laquelle l’arbitre a compétence. S’il doit faire respecter par l’employeur son obligation d’exercer ses droits de gestion conformément aux dispositions législatives implicites dans chaque convention collective, l’arbitre doit avoir le pouvoir d’interpréter et d’appliquer les lois sur les droits de

employment-related statutes. Section 48(12)(j) confirms that an arbitrator does, in fact, have this right.

(iii) *Policy Considerations*

50

In respect of policy considerations, I first note that granting arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes advances the stated purposes of the *LRA*, which include promoting the expeditious resolution of workplace disputes. As this Court has repeatedly recognized, the prompt, final and binding resolution of workplace disputes is of fundamental importance, both to the parties and to society as a whole. See for example *Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, at p. 781; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 489; and *Toronto Board of Education, supra*, at para. 36. It is essential that there exist a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the workplace environment, and which can be considered by both sides to be final and binding.

51

The grievance arbitration process is the means by which provincial governments have chosen to achieve this objective. As Professor P. Weiler puts it, grievance arbitration is both “an antidote to industrial unrest and . . . an instrument of employment justice”: *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at pp. 91-92. The primary advantage of the grievance arbitration process is that it provides for the prompt, informal and inexpensive resolution of workplace disputes by a tribunal that has substantial expertise in the resolution of such disputes. It has the advantage of both accessibility and expertise, each of which increases the likelihood that a just result will be obtained with minimal disruption to the employer-employee relationship. Recognizing the authority of arbitrators to enforce an employee’s statutory rights substantially advances the dual objectives of: (i) ensuring peace

la personne et les autres lois sur l’emploi. L’alinéa 48(12)(j) confirme que l’arbitre possède effectivement ce pouvoir.

(iii) *Considérations d’intérêt public*

Pour ce qui est des considérations d’intérêt public, je ferai d’abord observer que l’attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l’emploi permet de promouvoir les objectifs déclarés de la *LRT*, qui sont notamment la résolution rapide des conflits de travail. Comme la Cour l’a reconnu à de multiples reprises, le règlement rapide, définitif et exécutoire des conflits de travail revêt une importance fondamentale, tant pour les parties que pour l’ensemble de la société. Voir, par exemple, *Heustis c. Commission d’énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768, p. 781, *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, p. 489, et *Conseil de l’éducation de Toronto*, précité, par. 36. Il est essentiel qu’il existe un moyen d’obtenir rapidement les décisions d’experts qui connaissent bien le milieu de travail, et que ces décisions puissent être considérées comme définitives et exécutoires par les deux parties.

Pour atteindre cet objectif, les gouvernements des provinces ont choisi l’arbitrage. Comme le dit le professeur P. Weiler, l’arbitrage est [TRADUCTION] à la fois « un antidote aux conflits de travail et [. . .] un instrument permettant d’obtenir justice en matière d’emploi » : *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 91-92. Le principal avantage de l’arbitrage est qu’il permet le règlement rapide, informel et peu coûteux des conflits de travail par un tribunal qui possède une expérience considérable du règlement de ce genre de différends. L’arbitrage offre à la fois l’accessibilité et l’expertise, deux attributs qui augmentent les chances d’obtenir un résultat équitable avec une perturbation minimale des rapports employeur-employé. La reconnaissance du pouvoir des arbitres de faire respecter les droits conférés par la loi à l’employé sert essentiellement deux objectifs : (i) assurer la paix dans le domaine des relations

in industrial relations; and (ii) protecting employees from the misuse of managerial power.

Granting arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations of human rights and other employment-related statutes has the additional advantage of bolstering human rights protection. Major J. correctly observes that if the dispute is non-arbitrable, aggrieved employees have available the same mechanism for enforcing fundamental human rights as any other member of society: they may file a complaint before the Human Rights Commission. But the fact that there already exists a forum for the resolution of human rights disputes does not mean that granting arbitrators the authority to enforce the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* does not further bolster human rights protection. As discussed above, grievance arbitration has the advantage of both accessibility and expertise. It is a reasonable assumption that the availability of an accessible and inexpensive forum for the resolution of human rights disputes will increase the ability of aggrieved employees to assert their right to equal treatment without discrimination, and that this, in turn, will encourage compliance with the *Human Rights Code*.

A countervailing consideration is the fact that the Human Rights Commission has greater expertise than grievance arbitrators in the resolution of human rights violations. In my view, any concerns in respect of this matter are outweighed by the significant benefits associated with the availability of an accessible and informal forum for the prompt resolution of allegations of human rights violations in the workplace. It is of great importance that such disputes are resolved quickly and in a manner that allows for a continuing relationship between the parties. Moreover, expertise is not static, but, rather, is something that develops as a tribunal grapples with issues on a repeated basis. The fact that the Human Rights Commission currently has greater expertise than the Board in respect of human rights violations is an insufficient basis on which to

industrielles et (ii) protéger les employés contre un usage abusif du pouvoir de gestion.

L'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi comporte en outre l'avantage de renforcer la protection des droits de la personne. Comme le juge Major le fait remarquer à juste titre, s'il n'y a pas matière à arbitrage, les employés lésés disposeront, pour défendre leurs droits fondamentaux de la personne, des mêmes mécanismes que tout autre membre de la société : ils peuvent déposer une plainte devant la Commission des droits de la personne. Mais le fait qu'il existe déjà un forum pour le règlement des conflits touchant les droits de la personne ne veut pas dire que l'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* ne permet pas de renforcer davantage la protection des droits de la personne. Comme je l'ai dit précédemment, l'arbitrage a l'avantage d'offrir à la fois l'accessibilité et l'expertise. On peut raisonnablement supposer que l'existence d'une instance accessible et peu coûteuse pour le règlement des conflits en matière de droits de la personne augmentera la possibilité pour les employés lésés de faire valoir leur droit à un traitement égal, sans discrimination et, du même coup, encouragera l'observation du *Code des droits de la personne*.

Par contre, la Commission des droits de la personne possède vraisemblablement une plus grande expertise que les arbitres des griefs en matière de règlement des violations des droits de la personne. À mon sens, toutefois, les avantages considérables liés à l'existence d'une instance accessible et informelle permettant qu'une décision soit rapidement rendue sur des allégations de violation de droits de la personne au travail l'emportent sur toutes les inquiétudes qui peuvent exister à cet égard. Il est très important que de tels conflits soient réglés rapidement et d'une manière qui ne coupe pas les rapports entre les parties. De plus, cette expertise n'est pas statique mais, au contraire, elle évolue au fur et à mesure que le tribunal est appelé à se prononcer sur des questions de façon répétée. Certes, la Commission des droits de la personne possède à l'heure actuelle une

conclude that a grievance arbitrator ought not to have the power to enforce the rights and obligations of the *Human Rights Code*.

54

Support for this conclusion can be found in the Ministry of Labour's 1991 discussion paper, *Proposed Reform of the Ontario Labour Relations Act*, in which the Minister proposed that all collective agreements should be deemed to include the employment-related prohibitions of the *Human Rights Code* (p. 42). This indicates that it is the government's view that grievance arbitrators already possess sufficient expertise to address allegations that an employer contravened the right of each employee to equal treatment without discrimination. Similarly, in its submissions before this Court, the intervener, Human Rights Commission, stated that it believes that the grievance arbitration process has an important role to play in the resolution of human rights issues. It did not intervene on the basis that arbitrators should not have the power to resolve human rights issues, but on the basis that arbitrators and the Board should have concurrent jurisdiction. This suggests that the Commission also is of the view that grievance arbitrators have sufficient expertise to hear alleged violations of the *Human Rights Code*.

(4) Conclusion

55

For the foregoing reasons, the Board was correct to conclude that the substantive rights and obligations of the *Human Rights Code* are incorporated into each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction. Because of this interpretation, an alleged violation of the *Human Rights Code* constitutes an alleged violation of the collective agreement, and falls squarely within the Board's jurisdiction. Accordingly, there is no reason to interfere with the Board's finding that the subject matter of Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. The Board's finding that the discriminatory discharge of a probationary employee is arbitrable is not patently unreasonable.

plus grande expertise que le Conseil en ce qui a trait aux violations des droits de la personne, mais ce n'est pas un motif suffisant pour conclure que l'arbitre ne devrait pas avoir le pouvoir de faire respecter les droits et obligations prévus par le *Code des droits de la personne*.

Cette conclusion est étayée par le document de travail de 1991 intitulé *Projet de réforme de la Loi de l'Ontario sur les relations de travail* dans lequel le ministère du Travail propose que l'on devrait considérer que toutes les conventions collectives comprennent les interdictions relatives à l'emploi prévues dans le *Code des droits de la personne* (p. 53). Cela signifie que le gouvernement estime que les arbitres des griefs possèdent déjà une expertise suffisante pour se prononcer sur les allégations qu'un employeur a contrevenu au droit de l'employé à un traitement égal, sans discrimination. De même, dans ses observations devant la Cour, l'intervenante, la Commission des droits de la personne, dit qu'elle croit que l'arbitrage a un rôle important à jouer dans le règlement des litiges en matière de droits de la personne. Elle n'est pas intervenue parce que les arbitres ne devraient pas être habilités à régler ce genre de litige, mais plutôt parce que les arbitres et le Conseil devraient avoir compétence concurrente. Cela permet de penser que la Commission croit elle aussi que les arbitres possèdent une expertise suffisante pour connaître des violations alléguées des dispositions du *Code des droits de la personne*.

(4) Conclusion

Pour ces motifs, le Conseil a eu raison de conclure que les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. Vu cette interprétation, une violation alléguée du *Code des droits de la personne* constitue une violation alléguée de la convention collective et relève directement de la compétence du Conseil. Il n'y a donc aucune raison de modifier la décision du Conseil que la question faisant l'objet du grief de M^{me} O'Brien est arbitrable. Sa conclusion que le congédiement discriminatoire d'un employé à l'essai est matière à arbitrage n'est pas manifestement déraisonnable.

C. *The Court of Appeal's Application of the ESA*

The foregoing analysis is sufficient to dispose of the appeal. The Board's finding that the subject matter of Ms. O'Brien's grievance is arbitrable was not patently unreasonable and should be upheld. However, even if there was no basis on which to conclude that the alleged violation of the *Human Rights Code* is arbitrable, I would still be of the opinion that the analysis furnished by the Court of Appeal would provide sufficient grounds to conclude that Ms. O'Brien's grievance is a proper subject of the arbitration process.

In substantive terms, there is no doubt but that the application of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA* leads to the conclusion that the subject matter of Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. Under s. 64.5(1), the terms and conditions of the *ESA* are enforceable against an employer as if they were part of the collective agreement. Under s. 44, an employer is prohibited from dismissing an employee because the employee intends to take or takes pregnancy leave. The joint effect of ss. 44 and 64.5(1) is that each collective agreement is deemed to contain a provision that prohibits the discharge of a probationary employee because she took or intends to take pregnancy leave. Thus, the subject matter of Ms. O'Brien's grievance clearly constitutes a dispute that arises under a collective agreement over which the Board has jurisdiction.

However, the appellant raised a number of objections to the Court of Appeal's decision to resolve the matter with reference to ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*. For the reasons that follow, it is my view that these objections are insufficient to preclude the resolution of the dispute on this basis.

(1) Limitations on the Scope of Judicial Review

The appellant's first objection is that the Court of Appeal exceeded its jurisdiction by considering an issue that was not raised at the initial hearing. According to the appellant, the finding that currently is under review is the Board's finding that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against

C. *L'application par la Cour d'appel de la LNE*

L'analyse qui précède suffit pour trancher le pourvoi. La conclusion du Conseil que la question faisant l'objet du grief de M^{me} O'Brien est arbitrable n'est pas manifestement déraisonnable et devrait être confirmée. Toutefois, même si rien ne permettait de conclure que la violation alléguée du *Code des droits de la personne* est arbitrable, je persisterais à croire que l'analyse de la Cour d'appel fournirait des motifs suffisants pour conclure que le grief de M^{me} O'Brien donne à juste titre matière à arbitrage.

Sur le plan substantiel, il n'y a aucun doute que l'application de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE* mène à la conclusion que la question faisant l'objet du grief de M^{me} O'Brien est arbitrable. En vertu du par. 64.5(1), les conditions de la *LNE* s'appliquent à l'employeur comme si elles faisaient partie de la convention collective. En vertu de l'art. 44, il est interdit à l'employeur de congédier une employée parce qu'elle a l'intention de prendre ou prend un congé de maternité. En vertu de l'effet combiné de l'art. 44 et du par. 64.5(1), chaque convention collective est réputée contenir une disposition qui interdit le congédiement d'une employée à l'essai parce qu'elle a pris ou elle a l'intention de prendre un congé de maternité. Ainsi, la question qui fait l'objet du grief de M^{me} O'Brien constitue clairement un différend que soulève une convention collective à l'égard de laquelle le Conseil a compétence.

L'appelant a toutefois opposé divers arguments à la décision de la Cour d'appel de trancher l'affaire en se reportant à l'art. 44 et au par. 64.5(1) de la *LNE*. Pour les motifs qui suivent, j'estime que ces arguments sont insuffisants pour empêcher le règlement du différend sur ce fondement.

(1) Les limites du contrôle judiciaire

Le premier argument opposé par l'appelant est que la Cour d'appel a outrepassé sa compétence en examinant une question qui n'avait pas été soulevée à l'audience initiale. Selon l'appelant, le contrôle porte sur la conclusion du Conseil que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à

56

57

58

59

the employer as if it was part of the collective agreement. On this view, the Court of Appeal had the authority to review the Board's finding that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against the employer, but did not have the authority to consider whether s. 44 of the *ESA* is enforceable against the employer. Although I do not disagree with the general principle that on judicial review a court is limited to reviewing the tribunal's decision, I do not agree with the appellant's characterization of the finding that currently is under review. As above, the finding under review is not the Board's finding that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against the employer, but its finding that Ms. O'Brien's grievance is arbitrable.

60

In reviewing a decision on a standard of patent unreasonableness, the reviewing court must consider the decision-making process in its entirety, including the failure of the tribunal to consider all of the relevant factors and legal principles. This reflects the fact that a decision will be patently unreasonable if the tribunal reaches a particular conclusion on account of its failure to take into account legal principles or statutory provisions that clearly are relevant to the issue that must be resolved: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 29. Consequently, the mere fact that a board of arbitration has determined that a grievance is arbitrable on grounds that have no basis in law will not lead inexorably to the conclusion that the arbitration award must be quashed. If there are alternative and legally correct grounds that lead to the conclusion that the grievance is arbitrable, quashing the award without considering those grounds would be perverse.

61

In this instance, once the Board concluded that the subject matter of the grievance was arbitrable on the basis that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is incorporated into the collective agreement, it was, in effect, unnecessary for the Board to consider the possible impact of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*. But if there had been no basis on which to conclude that s. 5(1) of the *Human Rights Code* is enforceable against the employer, the Board could not

l'employeur comme s'il faisait partie de la convention collective. D'après lui, la Cour d'appel avait le pouvoir d'examiner si, comme l'avait conclu le Conseil, le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à l'employeur, mais n'était pas habilitée à faire de même en ce qui concerne l'art. 44 de la *LNE*. Bien que je souscrive au principe général que, lors d'un contrôle judiciaire, la cour de justice doit se limiter à examiner la décision du tribunal, je ne suis pas d'accord avec la façon dont l'appelant a caractérisé la conclusion visée par le contrôle. Encore une fois, c'est la conclusion que le grief de M^{me} O'Brien est arbitrable qui est visée par le contrôle et non la conclusion du Conseil que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à l'employeur.

Dans son examen d'une décision en fonction de la norme du caractère manifestement déraisonnable, la cour de révision doit prendre en considération le processus décisionnel global, notamment l'omission du tribunal de tenir compte de tous les facteurs et principes juridiques pertinents. Cela signifie qu'une décision sera manifestement déraisonnable si le tribunal tire une conclusion sans prendre en compte les principes juridiques ou les dispositions législatives manifestement pertinents quant à la question à trancher : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 29. Par conséquent, le simple fait qu'un conseil d'arbitrage ait déterminé qu'un grief est arbitrable en s'appuyant sur des motifs qui ne sont pas fondés en droit ne mènera pas inexorablement à la conclusion que la décision arbitrale doit être annulée. S'il existe des motifs subsidiaires juridiquement corrects qui permettent de conclure que le grief est arbitrable, l'annulation de la décision sans tenir compte de ces motifs serait abusive.

En l'espèce, une fois que le Conseil a conclu qu'il y avait matière à arbitrage parce que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* est incorporé dans la convention collective, il était en fait inutile pour lui d'examiner l'effet possible de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE*. Mais s'il n'y avait eu aucun motif lui permettant de conclure que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* s'applique à l'employeur, le Conseil n'aurait pas pu décider que la

properly have concluded that the subject matter of Ms. O'Brien's grievance was non-arbitrable without first considering the possible impact of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*. Thus, it was not improper for the Court of Appeal to take into account the fact that the substantive rights and obligations of the *ESA* are incorporated directly into each collective agreement. If the Court of Appeal had upheld the Divisional Court's decision to reverse the arbitration award without taking into account the potential impact of ss. 44 and 64.5(1) of the *ESA*, it would arguably have committed an error of law.

However, even if the Court of Appeal could, in theory, resolve the matter on this basis, the appellant nonetheless submits that the *ESA* and the collective agreement contain procedural provisions that prevent the Union from litigating the matter on the basis that the alleged misconduct constitutes a violation of s. 44 of the *ESA*.

(2) Procedural Considerations

The appellant's primary submission in respect of this argument is that the Union is statute-barred from relying on the *ESA*. Section 64.5(4) of the *ESA* states that:

An employee to whom a collective agreement applies (including an employee who is not a member of the trade union) is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement, including a decision not to seek the enforcement of the Act.

According to the appellant, s. 64.5(4) binds a union to a prior decision not to seek enforcement of the *ESA*. Under this view, the respondent Union is bound by its prior decision not to seek enforcement of s. 44 of the *ESA* at the initial hearing. However, this interpretation of s. 64.5(4) is inconsistent with both its words and its fundamental purpose.

First, s. 64.5(4) clearly states that an employee is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement. It does not, however, provide that the union is bound by a decision not to seek enforcement of the *ESA*. If the purpose of s. 64.5(4) was to

question visée par le grief de M^{me} O'Brien était non arbitrable sans tout d'abord analyser l'effet possible de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE*. La Cour d'appel pouvait donc à bon droit tenir compte du fait que les droits et obligations substantiels prévus par la *LNE* sont incorporés directement dans chaque convention collective. Si elle avait maintenu la décision de la Cour divisionnaire d'annuler la décision arbitrale sans tenir compte de l'effet possible de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *LNE*, on aurait pu soutenir qu'elle avait commis une erreur de droit.

Toutefois, même si la Cour d'appel pourrait, en théorie, trancher l'affaire sur ce fondement, l'appellant soutient que la *LNE* et la convention collective contiennent des dispositions procédurales qui empêchent le Syndicat de porter l'affaire en justice en faisant valoir que le manquement allégué constitue une violation de l'art. 44 de la *LNE*.

(2) Considérations de procédure

La principale observation de l'appellant relativement à cet argument est que le Syndicat ne peut pas légalement invoquer la *LNE*. Le paragraphe 64.5(4) de la *LNE* prévoit :

L'employé à qui une convention collective s'applique (y compris l'employé qui n'est pas membre du syndicat) est lié par une décision prise par le syndicat relativement à l'application de la Loi en vertu de la convention, y compris une décision de ne pas tenter d'appliquer la Loi.

Selon l'appellant, en vertu du par. 64.5(4), un syndicat est lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*. D'après ce point de vue, le Syndicat intimé est lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer l'art. 44 de la *LNE* à l'audience initiale. Toutefois, cette interprétation cadre mal tant avec le libellé qu'avec l'objectif fondamental de cette disposition.

Tout d'abord, le par. 64.5(4) indique clairement que l'employé est lié par la décision du syndicat relative à l'application de la Loi en vertu de la convention collective. Il ne prévoit cependant pas que le syndicat est lié par une décision de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*. Si l'objectif du par.

62

63

64

bind a trade union to its prior decision not to seek enforcement of the *ESA*, one would have expected the legislature to have used language indicating as much. On its face, s. 64.5(4) is directed not at the Union, but rather at the individual employee; it has no bearing on the circumstances in which a union is permitted to seek enforcement of the Act.

65

This interpretation of s. 64.5(4) is consistent not only with its words but also with its basic purpose, namely, to ensure that the union has sole carriage over employment standards issues that arise during the currency of a collective agreement. This accords with established principles governing labour-management relations. Section 64.5(2), for example, provides that an employee to whom a collective agreement applies is not entitled to file or maintain a complaint under the *ESA*. Section 64.5(3), in turn, provides that notwithstanding subs. (2) the Director of Employment Standards may permit an employee to file or maintain a complaint under the Act if the Director considers it appropriate in the circumstances. Each subsection suggests that the default presumption is that the union must decide whether or not to pursue a particular grievance. Section 64.5(4) reinforces this principle by binding an employee to the decision of a union not to seek enforcement of the *ESA*. The purpose of the provision is not to bind a union to a prior decision not to pursue an *ESA* complaint, but, rather, to affirm the principle that an employee to whom a collective agreement applies is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

66

Consequently, s. 64.5(4) has no effect in this appeal. This case does not involve an individual employee who seeks to file or to maintain a complaint under the *ESA* despite the fact that the Union has decided not to seek enforcement of her rights under the Act. As a result, it is not necessary to consider the possibility that the Union has made a "decision", as the word is used in s. 64.5(4), not to seek enforcement of the *ESA*.

64.5(4) était de prévoir qu'un syndicat est lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*, on peut supposer que le législateur aurait utilisé des termes l'indiquant. À première vue, le par. 64.5(4) vise non pas le Syndicat, mais plutôt l'employé; il n'a aucun rapport avec les cas où un syndicat est autorisé à tenter de faire appliquer la Loi.

Cette interprétation du par. 64.5(4) respecte non seulement son libellé mais aussi son objectif fondamental, qui est d'assurer que le syndicat est le seul responsable des questions relatives aux normes d'emploi soulevées pendant la durée d'une convention collective. Cela concorde avec les principes régissant les relations entre employés et employeurs. Par exemple, le par. 64.5(2) prévoit que l'employé auquel une convention collective s'applique n'a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la *LNE*. Par ailleurs, le par. 64.5(3) prévoit que, malgré le paragraphe (2), le directeur des normes d'emploi peut permettre à un employé de déposer ou de maintenir une plainte en vertu de la Loi s'il le juge indiqué dans les circonstances. Chacun de ces paragraphes semble indiquer qu'en vertu de la présomption par défaut, c'est le syndicat qui doit décider s'il y a lieu ou non de présenter un grief. Le paragraphe 64.5(4) vient renforcer ce principe en prévoyant qu'un employé est lié par la décision du syndicat de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*. Cette disposition n'a pas pour but d'obliger un syndicat à s'en tenir à sa décision antérieure de ne pas déposer de plainte en vertu de la *LNE*, mais plutôt de consacrer le principe qu'un employé visé par une convention collective n'a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

Le paragraphe 64.5(4) n'a donc aucun effet en l'espèce. Il ne s'agit pas ici d'une employée qui tente de déposer ou de maintenir une plainte en vertu de la *LNE* malgré le fait que le Syndicat a décidé de ne pas tenter de faire appliquer les droits qui lui sont reconnus par la Loi. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si le Syndicat a pris la « décision », pour reprendre le terme du par. 64.5(4), de ne pas tenter de faire appliquer la *LNE*.

In the alternative, the appellant submits that the Union's failure to comply with the procedural requirements of the collective agreement precludes it from seeking enforcement of s. 44 of the *ESA*. Under Article 8.06(a) of the agreement, a discharge grievance must set out the section of the collective agreement that is alleged to have been violated. Ms. O'Brien's initial grievance, however, alleged only that she had been discharged from her position "without justification" and that the decision was "arbitrary, discriminatory, in bad faith and unfair". The grievance did not allege that the employer had violated s. 44 of the *ESA*, or even that she had been discharged because she took pregnancy leave. In the appellant's submission, the Union's failure to allege that s. 44 of the *ESA* had been violated precludes it from subsequently raising s. 44 as a potential basis of liability.

As a general rule, of course, it is important that the parties to a collective agreement comply with the procedural requirements set out therein. If a union intends to plead that the employer has breached the employee's statutory rights, it should, as a matter of general practice, specify the statutory provision that the employer is alleged to have breached. That said, it is important to acknowledge the general consensus among arbitrators that, to the greatest extent possible, a grievance should not be won or lost on the technicality of form, but on its merits. In *Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486* (1975), 8 O.R. (2d) 103 (C.A.), at p. 108, for example, Brooke J.A. wrote as follows:

Certainly, the board is bound by the grievance before it but the grievance should be liberally construed so that the real complaint is dealt with and the appropriate remedy provided to give effect to the agreement provisions and this whether by way of declaration of rights or duties, in order to provide benefits or performance of obligations or a monetary award required to restore one to the proper position he would have been in had the agreement been performed.

This approach has been adopted by numerous arbitrators. In *Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada*,

L'appelant fait valoir comme moyen subsidiaire que le Syndicat ne peut tenter de faire appliquer l'art. 44 de la *LNE*, car il ne s'est pas conformé aux exigences procédurales de la convention collective. Selon l'al. 8.06a) de la convention, un grief en matière de congédiement doit préciser la disposition de la convention collective qui aurait été violée. Dans son grief initial, M^{me} O'Brien a toutefois simplement allégué qu'elle avait été congédiée « sans motif » et que la décision était « arbitraire, discriminatoire, injuste et entachée de mauvaise foi ». Elle n'y a pas soutenu que l'employeur avait violé l'art. 44 de la *LNE* ni qu'elle avait été congédiée parce qu'elle avait pris un congé de maternité. L'appelant prétend que l'omission du Syndicat d'alléguer que l'art. 44 de la *LNE* a été violé l'empêche d'invoquer ultérieurement cette disposition comme fondement éventuel de la responsabilité.

En règle générale, il est évidemment important que les parties à une convention collective se conforment aux exigences procédurales qui y sont prévues. Si un syndicat veut faire valoir que l'employeur a violé les droits reconnus à un employé par la loi, il doit, suivant la pratique généralement suivie, préciser la disposition de loi que l'employeur aurait violée. Cela dit, il importe de reconnaître le consensus général chez les arbitres que, dans la mesure du possible, un grief ne devrait pas être gagné ni perdu pour un vice de forme, mais plutôt en raison de son bien-fondé. Dans *Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486* (1975), 8 O.R. (2d) 103 (C.A.), p. 108, par exemple, le juge Brooke écrit :

[TRADUCTION] Certes, le conseil doit s'en tenir au grief dont il est saisi; celui-ci doit toutefois être interprété libéralement de sorte que le grief véritable puisse être tranché et qu'il soit possible d'accorder la réparation appropriée pour donner effet aux dispositions de la convention et ce, que ce soit par une déclaration des droits ou des obligations, afin de verser des prestations ou d'assurer l'exécution des obligations, ou par l'octroi de l'indemnité pécuniaire requise afin de remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si la convention avait été appliquée.

Cette approche a été reprise par de nombreux arbitres. Dans *Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada*,

67

68

69

Local 2995 (Trudel) (Re) (2002), 106 L.A.C. (4th) 41, at p. 61, the arbitrator observed that a “grievance must be construed so that the ‘real complaint’ is dealt with and an appropriate remedy is provided to bring resolution to the matters which have given rise to the grievance”. In *Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)* (2000), 84 L.A.C. (4th) 289, the arbitrator rejected the employer’s motion to dismiss on the basis that the employer suffered no prejudice as a consequence of the union’s failure to specify the section of the collective agreement that was alleged to have been breached. See also *Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141* (1977), 15 L.A.C. (2d) 140; *Aro Canada Inc. and I.A.M., Re* (1988), 34 L.A.C. (3d) 255; and *Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 144. These cases reflect the view that procedural requirements should not be stringently enforced in those instances in which the employer suffers no prejudice. It is more important to resolve the factual dispute that gives rise to the grievance.

70

In this case, the employer was aware from the outset that the essence of the grievance was that Ms. O’Brien was discharged as a consequence of taking maternity leave. Although the written grievance did not specify that Ms. O’Brien believed that she had been discharged because she took maternity leave, or that the alleged misconduct constituted a violation of s. 44 of the *ESA*, the employer was fully apprised that this was the factual basis of the grievance. Further, the appellant was provided with a fair opportunity to prepare and make submissions in respect of this matter prior to the Court of Appeal’s determination that the Board was authorized to resolve the dispute with reference to s. 44 of the *ESA*. Considered against this backdrop, I agree with Morden J.A. that the employer suffered no prejudice as a consequence of the Court of Appeal’s decision to resolve the matter with reference to s. 44 of the *ESA*.

71

Thus, if it had been patently unreasonable for the Board of Arbitration to conclude that the grievance was arbitrable because it had the authority to enforce s. 5(1) of the *Human Rights Code* as if it were part

Local 2995 (Trudel) (Re) (2002), 106 L.A.C. (4th) 41, p. 61, l’arbitre a fait remarquer qu’il faut [TRADUCTION] « interpréter le grief de manière que le “grief véritable” puisse être tranché et que la réparation appropriée soit accordée afin de régler les questions qui ont donné lieu au grief ». Dans *Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)* (2000), 84 L.A.C. (4th) 289, l’arbitre a rejeté la requête de l’employeur de rejeter le grief, pour le motif que celui-ci n’avait subi aucun préjudice par suite de l’omission du syndicat de préciser la disposition de la convention collective dont on alléguait la violation. Voir aussi *Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141* (1977), 15 L.A.C. (2d) 140, *Aro Canada Inc. and I.A.M., Re* (1988), 34 L.A.C. (3d) 255, et *Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re* (1992), 25 L.A.C. (4th) 144. Ces décisions sont fondées sur l’idée que les exigences procédurales ne devraient pas être rigoureusement appliquées dans les cas où l’employeur ne subit aucun préjudice. Il est plus important de régler le différend d’ordre factuel qui est à l’origine du grief.

En l’espèce, l’employeur savait dès le départ que le grief portait essentiellement que M^{me} O’Brien avait été congédiée parce qu’elle avait pris un congé de maternité. Même si le grief écrit ne précisait pas que M^{me} O’Brien croyait avoir été congédiée parce qu’elle avait pris un congé de maternité ni que le manquement allégué constituait une violation de l’art. 44 de la *LNE*, l’employeur savait pertinemment que c’était le fondement factuel du grief. De plus, l’appelant a eu la possibilité de préparer et de présenter des observations sur ce point avant que la Cour d’appel détermine que le Conseil était autorisé à trancher le différend en se reportant à l’art. 44 de la *LNE*. Dans ce contexte, je conviens avec le juge Morden que la décision de la Cour d’appel de trancher l’affaire en se reportant à l’art. 44 de la *LNE* n’a causé aucun préjudice à l’employeur.

Ainsi, s’il avait été manifestement déraisonnable pour le Conseil de conclure que le grief est arbitrable parce qu’il est habilité à appliquer le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* comme s’il

of the collective agreement, I do not believe that it would have been improper for the Court of Appeal to conclude that the grievance was arbitrable on the basis that the alleged misconduct constituted a violation of s. 44 of the *ESA*. Construing Ms. O'Brien's allegation that the decision to discharge her was "arbitrary, discriminatory, in bad faith and unfair" as sufficiently broad to encompass the allegation that she was discharged because she took maternity leave ensures that the "real complaint" is dealt with and that the matter that gave rise to the grievance is adequately addressed.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, Ms. O'Brien's grievance is arbitrable. I would therefore dismiss the appeal with costs.

The reasons of Major and LeBel JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I respectfully disagree with the reasons of Iacobucci J.

Are all employment and human rights statutes incorporated into every collective bargaining agreement? Collective agreements occupy an important role in Canadian management-union relations. As both parties are experienced in various components of labour law including grievance procedures, the courts should reluctantly interfere and only when necessary. In this case, there were alternatives available to the parties. They, having chosen one, should not have had it usurped by the Court of Appeal on its own initiative. Because I believe that courts should assume that parties may set out the limits of their agreements absent express or implied legislative override, and because the parties should be bound by the form and substance of the grievance they chose, I would allow the appeal.

I agree with Iacobucci J.'s characterization of the factual background of this appeal. However, a brief

faisait partie de la convention collective, je ne crois pas qu'il aurait été incorrect pour la Cour d'appel de conclure que le grief était arbitrable parce que le manquement allégué constituait une violation de l'art. 44 de la *LNE*. Conclure que l'allégation de M^{me} O'Brien que la décision de la congédier était « arbitraire, discriminatoire, injuste et entachée de mauvaise foi » est suffisamment générale pour comprendre l'allégation qu'elle a été congédiée parce qu'elle a pris un congé de maternité permet d'assurer que le « grief véritable » soit tranché et que la question à l'origine du grief soit adéquatement réglée.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, le grief de M^{me} O'Brien est arbitrable. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Major et LeBel rendus par

LE JUGE MAJOR (dissent) — Je ne peux en toute déférence souscrire aux motifs du juge Iacobucci.

L'ensemble des lois ayant trait à l'emploi et aux droits de la personne sont-elles incorporées dans chaque convention collective? Les conventions collectives occupent une place importante dans les relations patronales-syndicales au Canada. Les deux parties possédant de l'expérience dans diverses branches du droit du travail, dont les procédures de règlement des griefs, les tribunaux ne devraient intervenir qu'en cas de nécessité. En l'espèce, des solutions de rechange s'offraient aux parties. Celles-ci ayant arrêté leur choix, la Cour d'appel n'aurait pas dû l'écartier de son propre chef. Puisque les tribunaux se doivent, à mon avis, de présumer que les parties peuvent circonscrire le périmètre de leurs ententes en l'absence de disposition législative dérogoratoire expresse ou implicite et qu'il convient qu'elles soient liées, dans la forme et le fond, par le grief qu'elles ont déposé, j'accueillerais le pourvoi.

Je suis d'accord avec la façon dont le juge Iacobucci qualifie les faits en l'espèce. Toutefois, un

72

73

74

75

review of some of the procedural history may help put these reasons in context.

I. Procedural Background

76

In June 1998, Joanne O'Brien, a "counsellor/casual field worker" who had probationary employment status, was dismissed by the Parry Sound Social Services Administration Board. She grieved, making a generalized claim of discrimination under a collective bargaining agreement between Parry Sound and her Union, the Ontario Public Service Employees Union, Local 324 ("OPSEU"). Parry Sound argued that O'Brien was not entitled to arbitration because the collective agreement explicitly did not cover the dismissal of probationary employees. It also claimed that O'Brien, who had never mentioned the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14, in her grievance, had not met the procedural requirements set out by Article 8.06(a) of the collective agreement, which required her to state "the section or sections of the Agreement which are alleged to have been violated". Since s. 64.5(1) of that Act specifies that it is to be treated as part of the collective agreement, Parry Sound argued that the Act should have been raised. The Union replied that the grievance's broad reference to discrimination sufficed, since O'Brien was not relying upon any explicit section of the collective agreement, but was rather relying upon an implicit incorporation of the *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19.

77

In February 1999, a board of arbitrators ruled that it was entitled to consider whether O'Brien had been a victim of discrimination under the *Human Rights Code*. In January 2000, the Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court) granted Parry Sound's application for judicial review, ruling that since the agreement did not cover the dismissal of probationary employees, the board of arbitrators had no jurisdiction to arbitrate the dispute. The Union appealed to the Ontario Court of Appeal.

survol de l'historique des procédures mettra les présents motifs en perspective.

I. Historique des procédures judiciaires

En juin 1998, Joanne O'Brien, « conseillère/travailleuse occasionnelle sur le terrain » ayant un statut d'employée à l'essai, est congédiée par le Conseil d'administration des services sociaux de Parry Sound. Elle dépose un grief, alléguant en termes généraux qu'elle a été victime de discrimination, en vertu d'une convention collective entre le conseil de Parry Sound et le syndicat auquel elle appartient, le Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l'Ontario, section locale 324 (« SEEFPO »). Le conseil de Parry Sound fait valoir que M^{me} O'Brien n'a pas droit à l'arbitrage parce que, de façon explicite, la convention collective ne couvre pas le congédiement des employés à l'essai. Il soutient également que M^{me} O'Brien, qui n'a jamais mentionné la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14, dans son grief, n'a pas respecté les exigences procédurales énoncées à l'al. 8.06a) de la convention collective, qui lui prescrit d'invoquer [TRADUCTION] « les articles de la convention qui auraient été violés ». Puisque le par. 64.5(1) de la Loi précise qu'elle doit s'appliquer comme si elle faisait partie de la convention collective, le conseil de Parry Sound prétend qu'on aurait dû invoquer la Loi. Le syndicat réplique que le renvoi général à la discrimination dans le grief suffit, car M^{me} O'Brien ne s'appuie pas sur un article précis de la convention collective, mais plutôt sur l'incorporation implicite du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19.

En février 1999, un conseil d'arbitrage conclut qu'il est habilité à examiner la question de savoir si M^{me} O'Brien a été victime de discrimination au regard du *Code des droits de la personne*. En janvier 2000, la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire) accueille la demande de contrôle judiciaire du conseil de Parry Sound, statuant que, puisque la convention ne couvre pas le congédiement des employés à l'essai, le conseil d'arbitrage n'a pas compétence sur le différend. Le syndicat interjette appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Several months after the hearing, and years after the Union had first brought the grievance on its chosen grounds, the Court of Appeal, *sua sponte*, sought submissions from the parties on a new issue: the applicability of the *Employment Standards Act*. In June 2001, the Court of Appeal held, on the basis of this novel argument, that the board of arbitration had jurisdiction over the grievance. In *obiter dicta*, it also hinted that it believed that the arbitrator may have also had jurisdiction through an implied incorporation of the *Human Rights Code*.

II. Issues

Two issues arise in this dispute. Is the *Human Rights Code* incorporated by implication into all collective agreements entered into under the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A? Was it proper for the Court of Appeal, *sua sponte*, to ignore the procedural requirements negotiated by the parties and raise the *Employment Standards Act* argument? I disagree with Iacobucci J.'s reasons, and would answer both questions in the negative.

His reasons conclude that the *Human Rights Code* is implicitly incorporated into all collective agreements. I respectfully disagree. Unless the legislature passes legislation incorporating the substance of its statutes into collective agreements, it is to be assumed that unions and employers may define which employees and disputes are covered by a collective agreement and therefore have access to binding arbitration, as long as the agreement does not conflict with statute or public policy. Absent legislative action, courts should not on their own initiative interfere with the terms of a collective agreement.

Iacobucci J.'s reasons also conclude that the *Employment Standards Act* may be applied against Parry Sound years after the initial grievance, the process of which had been negotiated and agreed to by the parties, because Parry Sound would suffer no prejudice. I respectfully disagree. Where the parties have negotiated procedural guarantees relating

Plusieurs mois après l'audience et des années après que le syndicat a initialement déposé le grief pour les motifs qu'il a définis, la Cour d'appel demande d'office aux parties de lui présenter des observations sur une nouvelle question : l'applicabilité de la *Loi sur les normes d'emploi*. En juin 2001, la Cour d'appel conclut, sur la base de ce nouvel argument, que le conseil d'arbitrage a compétence sur le grief. Dans des remarques incidentes, la cour tend à penser que la compétence de l'arbitre peut aussi trouver son assise dans l'incorporation implicite du *Code des droits de la personne*.

II. Questions en litige

Deux questions se posent dans le présent litige. Le *Code des droits de la personne* est-il incorporé implicitement dans toutes les conventions collectives conclues sous le régime de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, ch. 1, ann. A? Convenait-il que la Cour d'appel, de son propre chef, fasse abstraction des exigences procédurales négociées par les parties et fonde une argumentation sur la *Loi sur les normes d'emploi*? Ne souscrivant pas aux motifs du juge Iacobucci, je répondrais aux deux questions par la négative.

Le juge Iacobucci conclut que le *Code des droits de la personne* est implicitement incorporé dans toutes les conventions collectives. Je ne partage pas cette conclusion. À moins que le législateur n'adopte une législation incorporant la substance de ses lois dans les conventions collectives, on doit présumer que syndicats et employeurs peuvent déterminer quels employés et différends sont couverts par la convention collective et ont donc accès à l'arbitrage obligatoire, dans la mesure où la convention n'entre pas en conflit avec une loi ou l'intérêt public. À défaut d'intervention législative, les tribunaux ne devraient pas, de leur propre initiative, modifier les termes d'une convention collective.

Le juge Iacobucci conclut également que la *Loi sur les normes d'emploi* peut s'appliquer au conseil de Parry Sound des années après le dépôt du grief initial, dont la procédure avait été négociée et convenue par les parties, parce que le conseil de Parry Sound n'en subirait aucun préjudice. Je ne puis souscrire à cette conclusion. Lorsque les parties

78

79

80

81

to the timeliness, form and specificity of grievances, courts should not interfere. OPSEU is a sophisticated party, and should be bound by its decision not to pursue an *Employment Standards Act* claim.

ont négocié des garanties procédurales relativement aux délais, à la forme et au caractère spécifique des griefs, les tribunaux devraient s'abstenir d'intervenir. Le SEEFPO est une partie avisée, qui devrait être liée par sa décision de ne pas présenter de plainte en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*.

82

O'Brien is not without a remedy. She may use the mechanisms carefully set out by the legislature to vindicate her human rights, and may bring her claim before the Human Rights Commission. This appeal is not one about public policy and human rights. It is about discerning the intent of the parties and the legislature on the appropriate forum for vindicating those rights.

M^{me} O'Brien n'est pas sans recours. Elle peut faire appel aux mécanismes soigneusement conçus par le législateur pour assurer la défense de ses droits de la personne et elle peut porter plainte devant la Commission des droits de la personne. Le présent pourvoi ne met pas en cause des considérations touchant l'intérêt public et les droits de la personne. Il concerne la recherche de l'intention des parties et du législateur quant au forum où il convient de faire valoir ces droits.

III. Standard of Review

III. Norme de contrôle

83

I agree with Iacobucci J.'s treatment of the standard of review: on the question of whether the *Human Rights Code* is incorporated into each labour agreement, the arbitrator must be correct. But if the arbitrator is correct on this issue, then his overall decision is subject to reversal only if it is patently unreasonable.

Je suis d'accord avec la façon dont le juge Iacobucci traite de la norme de contrôle : sur la question de savoir si le *Code des droits de la personne* est incorporé dans chaque convention collective, la décision de l'arbitre doit être correcte. Mais s'il a correctement jugé sur ce point, l'ensemble de sa décision ne peut alors être infirmé que si elle est manifestement déraisonnable.

IV. Is the *Human Rights Code* Incorporated Into All Collective Agreements?

IV. Le *Code des droits de la personne* est-il incorporé dans toutes les conventions collectives?

A. *Intention of the Parties*

A. *L'intention des parties*

84

Some disputes between an employer and an employee are not subject to arbitration; the *Labour Relations Act, 1995*, s. 48(1), states that all differences between the parties in the interpretation of a collective agreement are to be arbitrated, "including any question as to whether a matter is arbitrable". It is permissible for a bargaining agreement simply to not cover certain decisions on matters such as worker training or pensions, or to restrict the scope of the working conditions applicable to some employees, such as temporary workers. An arbitrator would be obligated to conclude that such a dispute is not arbitrable.

Certains différends entre employeur et employé ne peuvent être soumis à l'arbitrage; selon le par. 48(1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, tous les différends entre les parties que soulève l'interprétation d'une convention collective doivent être soumis à l'arbitrage, « y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage ». Une convention collective peut ne pas viser certaines décisions concernant des questions telles la formation ou les pensions, ou restreindre la portée des conditions de travail applicables à certains employés, tels les travailleurs temporaires. L'arbitre serait forcé de conclure qu'un différend de ce type n'est pas arbitral.

In the present appeal, the collective agreement does not extend to the grievances of probationary employees over discharge. As with all employees, the rights of probationary employees are determined by the collective agreement. One of the provisions of that agreement states that the right to grieve does not extend to probationary employees grieving discharge during the probationary period. Article 8.06(a) of the collective agreement states:

Notwithstanding anything in this Agreement, a probationary employee may be discharged at the sole discretion of and for any reason satisfactory to the Employer and such action by the Employer is not subject to the grievance and arbitration procedures and does not constitute a difference between the parties.

This language, “difference between the parties”, is a reference to the language in s. 48(1) of the *Labour Relations Act, 1995*, specifying that differences between the parties are to be arbitrated. The intention of the parties is clear: Parry Sound and OPSEU explicitly chose not to bring the discharge of probationary employees under the grievance procedures in their collective agreement. The contract is silent as to other rights the employee or the Union might invoke in order to challenge or remedy a discharge.

B. *Intention of the Legislature*

Does the *Human Rights Code* give probationary employees grievance rights under the collective agreement despite the intention of the parties not to cover them? The heart of the answer to this issue lies in the correct interpretation of the short judgment in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

Iacobucci J. states that *McLeod, supra*, stands for the proposition that all employment-related statutes, including the *Human Rights Code*, are implicitly incorporated into every collective bargaining agreement, and that s. 48(12)(j) of the *Labour Relations Act, 1995* codified this common law understanding. Although I agree that the structure and language of s. 48(12)(j) suggest no legislative intent to alter the common law rule from

En l'espèce, la convention collective ne couvre pas les griefs des employés à l'essai qui contestent leur congédiement. Comme pour tous les employés, les droits des employés à l'essai sont définis par la convention collective. L'une de ses dispositions prévoit que le droit de grief n'est pas reconnu aux employés à l'essai qui se plaignent d'avoir été congédiés pendant la période d'essai. L'alinéa 8.06a) de la convention collective dispose :

[TRADUCTION] Malgré toute disposition de la présente convention, l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être soumise à l'arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties.

Les termes « différend entre les parties » renvoient au libellé du par. 48(1) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, lequel précise que les différends entre les parties doivent être soumis à l'arbitrage. L'intention des parties est claire : le conseil de Parry Sound et le SEEFPO ont explicitement choisi de ne pas prévoir dans leur convention collective que le congédiement des employés à l'essai pouvait être soumis à l'arbitrage. Le contrat est muet quant aux autres droits que l'employé ou le syndicat pourrait invoquer pour contester un congédiement ou y remédier.

B. *L'intention du législateur*

Le *Code des droits de la personne* accorde-t-il aux employés à l'essai des droits de grief en vertu de la convention collective malgré l'intention des parties de ne pas couvrir cette catégorie d'employés? Le nœud de la réponse à cette question réside dans l'interprétation juste du bref jugement rendu dans *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

Le juge Iacobucci dit que, selon *McLeod*, précité, toutes les lois ayant trait à l'emploi, y compris le *Code des droits de la personne*, sont implicitement incorporées dans chaque convention collective et que l'al. 48(12)(j) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* a codifié cette interprétation tirée de la common law. Je conviens que la structure et le libellé de l'al. 48(12)(j) ne traduisent aucune intention du législateur de modifier la règle de common

McLeod, I take a different view as to what that rule is.

law énoncée dans *McLeod*, mais mon opinion diffère quant à la substance de cette règle.

88

McLeod involved a conflict between an earlier version of the *Employment Standards Act* and a collective agreement (*Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, c. 35). The earlier Act required that an employee consent to overtime hours, but the collective agreement in *McLeod* gave the company the sole authority over operations generally, including the right to “schedule its operations or to extend, limit, curtail or reschedule its operations when in its sole discretion it may deem it advisable to do so” (p. 521). This Court held, at p. 523:

L'affaire *McLeod* portait sur un conflit entre une version antérieure de la *Loi sur les normes d'emploi* et une convention collective (*Employment Standards Act, 1968*, S.O. 1968, ch. 35). La loi antérieure exigeait que l'employé consente à faire des heures supplémentaires, mais la convention collective en cause dans *McLeod* donnait à la compagnie le pouvoir exclusif de gérer les opérations générales, notamment le droit « d'établir un calendrier des opérations, de les étendre, de les limiter, de les diminuer ou d'en refaire le calendrier lorsque, à sa seule discrétion, il lui apparaît raisonnable de le faire » (p. 521). La Cour a conclu, à la p. 523 :

Any provision of an agreement which purported to give to an employer an unqualified right to require working hours in excess of those [overtime] limits would be illegal, and the provisions . . . of the collective agreement, which provided that certain management rights should remain vested in the Company, could not . . . enable the Company to require overtime work in excess of those limits.

Toute disposition d'une convention qui prétendrait donner à l'employeur un droit non restreint d'exiger de ses employés du travail au-delà de cette durée serait illégale, et les dispositions [. . .] de la convention collective, qui prévoit que certains droits de la gestion demeurent du ressort de la compagnie, ne peuvent pas [. . .] habiliter celle-ci à demander qu'ils travaillent au-delà de cette durée maximum.

89

Iacobucci J. derives from this case the proposition that “[a]s a practical matter, this means that the substantive rights and obligations of employment-related statutes are implicit in each collective agreement over which an arbitrator has jurisdiction” (para. 28). He later states that “a conflict between the collective agreement and an employment-related statute is not a condition precedent of the power to bring that statute into practical operation” (para. 44), and concludes, therefore, that all statutory protections are arbitrable under any collective agreement, even if the agreement purports not to cover the dispute in question.

Le juge Iacobucci en dégage la proposition qu'« [e]n pratique, cela signifie que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence » (par. 28). Il dit plus loin qu'« une incompatibilité entre la convention collective et une loi sur l'emploi n'est pas une condition préalable à l'exercice du pouvoir permettant de mettre la loi en application » (par. 44) et conclut que toutes les protections prévues par la loi sont donc arbitrables en vertu de la convention collective, même si celle-ci ne vise pas le différend en cause.

90

I come to a different conclusion. In *McLeod*, the employer was relying upon the explicit language of the collective agreement, which gave it the sole discretion to set overtime hours. This discretion was in clear and direct opposition to the *Employment Standards Act* of the time. The *McLeod* proposition is more limited than suggested: *McLeod* concludes only that a union and an

J'arrive à une conclusion différente. Dans l'affaire *McLeod*, l'employeur se fondait sur le libellé explicite de la convention collective, qui lui donnait entière discrétion pour fixer les heures supplémentaires. Cette discrétion était en contradiction claire et directe avec la *Loi sur les normes d'emploi* de l'époque. La proposition qui se dégage de cet arrêt est plus limitée qu'il n'y paraît. On y

employer are restricted from making an agreement contrary to law. This rule is no more than a modern application of a long-standing rule of the common law of contracts: courts will not enforce contracts that are illegal or against public policy. See *Bank of Toronto v. Perkins* (1883), 8 S.C.R. 603, in which the Court refused to enforce a secured loan made in contravention of the *Banking Act*. Labour contracts are not exempt from this rule.

Iacobucci J.'s reasons too broadly apply *McLeod* to the facts of this case. In *McLeod*, there was a broad management rights clause that was held to be in violation of employee statutory rights granted by the *Employment Standards Act*. Iacobucci J.'s reasons conclude that "[j]ust as the collective agreement in *McLeod* could not extend to the employer the right to require overtime in excess of 48 hours, the collective agreement in the current appeal cannot extend to the appellant the right to discharge an employee for discriminatory reasons" (para. 32).

But here, the appellant does not point to Article 5.01, which purports to give management the power to discharge probationary employees for any reason. It points to Article 8.06(a), stating that such discharges are not covered by the agreement at all, that they are not "differences" as defined by the *Labour Relations Act, 1995*, and implying that they are therefore inarbitrable.

This distinction is crucial. Under *McLeod*, the parties attempted to explicitly "contract around" the protections conferred by statute, which is clearly impermissible. Here, the parties simply chose not to come to agreement on certain kinds of disagreements, explicitly choosing to remove the arbitrator's jurisdiction. The common law rule that parties may not contract in contravention of public policy does not require parties to agree to arbitrate violations of statutory rights.

Under this more restrained reading of *McLeod*, *supra*, explicit statutory directions override conflicting provisions of collective agreements, but they

conclut uniquement que le syndicat et l'employeur ne peuvent négocier une convention contraire à la loi. Cette règle n'est que l'application moderne d'une ancienne règle de common law en matière contractuelle : les tribunaux ne forceront pas l'exécution de contrats illégaux ou contraires à l'intérêt public. Voir *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603, où la Cour a refusé d'ordonner l'exécution d'un prêt garanti consenti en contravention de la *Loi des banques*. Les contrats de travail n'échappent pas à cette règle.

Le juge Iacobucci applique trop largement l'arrêt *McLeod* aux faits de l'espèce. Dans *McLeod*, une clause générale sur les droits de gestion a été jugée contraire aux droits reconnus aux employés par la *Loi sur les normes d'emploi*. Le juge Iacobucci conclut que « [t]out comme la convention collective dans *McLeod* ne pouvait pas accorder à l'employeur le droit d'exiger des heures supplémentaires au-delà de 48 heures, la convention collective en l'espèce ne peut pas conférer à l'appelant le droit de renvoyer un employé pour des motifs discriminatoires » (par. 32).

Mais, ici, l'appelant n' invoque pas l'art. 5.01, qui accorde à la direction le pouvoir de congédier des employés à l'essai pour tout motif. Il invoque l'al. 8.06a), affirmant que les congédiements de ce type ne sont aucunement visés par la convention, qu'ils ne constituent pas un « différend » au sens de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* et qu'ils ne sont donc pas arbitrables.

Cette distinction est cruciale. Dans *McLeod*, les parties avaient tenté de contourner explicitement les protections conférées par la loi, ce qui est clairement inadmissible. En l'espèce, les parties ont simplement décidé de ne pas conclure d'entente sur certains types de désaccords, choisissant explicitement de les soustraire à la compétence de l'arbitre. La règle de common law voulant que les parties ne puissent pas par convention aller à l'encontre de l'intérêt public n' exige pas qu'elles s'entendent pour soumettre à l'arbitrage les violations des droits conférés par la loi.

Selon cette interprétation plus restreinte de *McLeod*, précité, les directives législatives explicites l'emportent sur les dispositions contraires des

91

92

93

94

do not affect the parties' ability to define the limits of their agreement. Parties remain free to exclude certain classes of employees, such as probationary, part-time, or temporary employees, from some of the provisions of the agreement, just as they remain free to exclude certain kinds of disputes from the jurisdiction of the arbitrator. They do this by limiting the scope of the grievance procedure on some matters or acknowledging that a party retains the right to make a unilateral final decision on certain questions.

95

Although these labour agreements are entered into under the collective bargaining framework established by the *Labour Relations Act, 1995*, they are essentially private contracts of significant public importance. The decision to inject legislative protections into these private contracts is a serious one, though clearly one within the powers of a legislature. A court should not lightly infer such intent. When the Ontario legislature wishes to insert such protections directly into collective bargaining agreements, it knows how to do so explicitly and clearly. For example, s. 64.5(1) of the *Employment Standards Act* reads:

If an employer enters into a collective agreement, the Act is enforceable against the employer with respect to the following matters as if it were part of the collective agreement:

1. A contravention of or failure to comply with the Act that occurs when the collective agreement is in force.

There is no equivalent provision in the *Human Rights Code*.

96

Iacobucci J.'s reasons state that the legislature must have intended that s. 48(12)(j) grant arbitrators jurisdiction over claims based on statutory protections. But I believe that this provision, coming as it does at the end of a long list of uncontroversial arbitrator's powers (the power to compel document production, the power to fix dates for hearings, the power to summon witnesses, the power to administer oaths, the power to accept oral or written evidence, etc.), does no more than confirm the rule

conventions collectives, mais elles n'affectent pas la capacité des parties de définir les contours de leur entente. Les parties demeurent libres d'exclure certaines catégories d'employés, tels les employés à l'essai, à temps partiel ou temporaires, de certaines dispositions de la convention, tout comme elles conservent la faculté d'exclure certains types de différends de la compétence de l'arbitre. À cette fin, elles peuvent limiter la portée de la procédure de règlement des griefs pour certaines questions ou reconnaître qu'une partie conserve le droit de prendre unilatéralement une décision finale sur certaines questions.

Bien que ces conventions de travail soient conclues dans le cadre de la négociation collective établi par la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, il s'agit essentiellement de contrats privés d'une grande importance pour le public. La décision d'y insérer des protections législatives est une décision sérieuse, bien qu'elle fasse clairement partie des prérogatives du législateur. Les tribunaux ne devraient pas modifier cette intention à la légère. Lorsque le législateur ontarien souhaite agir de la sorte, il sait comment le faire explicitement et clairement. Par exemple, le par. 64.5(1) de la *Loi sur les normes d'emploi* dispose :

Si un employeur conclut une convention collective, la Loi s'applique à l'employeur à l'égard des questions suivantes comme si elle faisait partie de la convention collective :

1. Une contravention à la Loi, ou l'inobservation de celle-ci, qui est commise pendant que la convention collective est en vigueur.

Il n'existe pas de disposition équivalente dans le *Code des droits de la personne*.

Le juge Iacobucci dit dans ses motifs que le législateur doit avoir voulu que l'al. 48(12)(j) confère aux arbitres compétence pour statuer sur des plaintes fondées sur les protections législatives. Mais, à mon sens, cette disposition, à la fin d'une longue liste de pouvoirs arbitraux incontestés (par exemple, le pouvoir d'ordonner la production de documents, celui de fixer des dates d'audience, d'assigner des témoins, de faire prêter serment, de recevoir des témoignages oraux ou écrits, etc.), ne fait que

from *McLeod*. Arbitrators may not enforce any contract that violates public policy by “contracting around” the protections of statute. To read into this innocuous provision the extraordinary power to take jurisdiction of any claim based on statute, despite the plain wishes of the parties to the contract, is a subversion of the legislative intent. If the legislature wished to thus expand the power of arbitrators, it surely would have signalled its intent more clearly.

It is not for the court but rather the legislature to decide that particular statutory protections are so important that they must be injected into every collective agreement. Iacobucci J.’s rather expansive holding stands upon an extension of a 30-year-old case and an inexplicable notion of public policy. It does not respect the intention of the parties and the legislature, and is inconsistent with the court leaving to the legislature the duty of implementing what I take to be new policy.

A more focussed reading of *McLeod*, *supra*, serves the public interest. It allows employers and unions to craft the mutually beneficial agreements most appropriate to their circumstances, subject to explicit legislative direction. In this appeal, it gives Parry Sound the flexibility to hire probationary employees, allowing it to reserve the full panoply of employment benefits and guarantees for employees who have demonstrated their value.

Human rights abuses will not go unchecked. Aggrieved employees will have available the same mechanisms for enforcing their human rights as any other member of society: they may file a complaint before the Human Rights Commission, as the employer urged and as the legislature intended.

Collective agreements reflect the outcome of a sometimes difficult process of negotiation. The content of the agreement may reflect the acknowledg-

confirmer la règle énoncée dans *McLeod*. Les arbitres ne peuvent forcer l’application d’un contrat qui viole l’intérêt public en contournant les protections prévues par la loi. Interpréter cette disposition inoffensive comme si elle conférait le pouvoir extraordinaire de s’attribuer compétence sur toute plainte fondée sur une loi, malgré le désir manifeste des parties au contrat, est une subversion de l’intention du législateur. Si celui-ci souhaitait élargir ainsi le pouvoir des arbitres, il aurait sûrement indiqué son intention plus clairement.

Il n’appartient pas à la cour mais plutôt au législateur de décider que des protections législatives particulières revêtent une importance telle qu’elles doivent être insérées dans chaque convention collective. La conclusion très large du juge Iacobucci repose sur une extension de la portée d’une affaire vieille de 30 ans et sur une conception inexplicable de l’intérêt public. Elle ne respecte pas l’intention des parties et du législateur et elle est incompatible avec la règle voulant que la cour laisse au législateur la charge de mettre en œuvre ce qui me semble constituer une nouvelle politique.

Une lecture plus restrictive de *McLeod*, précité, sert l’intérêt public. Elle permet aux employeurs et aux syndicats d’élaborer les ententes mutuellement avantageuses particulièrement adaptées à leur situation, sous réserve d’une directive législative explicite. Dans le présent pourvoi, une telle interprétation donne au conseil de Parry Sound la souplesse nécessaire pour embaucher des employés à l’essai, l’habilitant à réserver la gamme complète des avantages et des protections aux employés qui ont démontré leur valeur.

Cela ne signifie pas que les abus en matière de droits de la personne resteront impunis. Pour défendre leurs droits, les employés lésés disposeront des mêmes mécanismes que tout autre membre de la société : ils peuvent déposer une plainte devant la Commission des droits de la personne, comme le recommande l’employeur et comme l’a voulu le législateur.

Les conventions collectives sont l’aboutissement d’un processus de négociation parfois ardu. Le contenu de la convention peut refléter la reconnaissance

97

98

99

100

ment of the union that it should not be called upon to deal with matters it is not equipped to deal with or that might cause conflicts within its membership. Where remedies are available elsewhere, the silence of the agreement may reflect the wishes of the union that those remedies be used in preference to the remedies available under the agreement. Silence in the agreement does not indicate a denial of a right or its remedies. On the other hand, overloading the grievance and arbitration procedure with issues the parties neither intended nor contemplated channeling there, may make labour arbitration anything but expeditious and cost-effective. The present case speaks for itself in this respect.

101 O'Brien's dismissal is not arbitrable because her Union and her employer agreed not to cover the dismissal of probationary employees in their collective agreement, and the legislature did not intend to require that they do so. She must seek the vindication of her rights before the Human Rights Commission, as would any employee not covered by a collective agreement.

V. The Tardy Employment Standards Act Argument

102 As Iacobucci J. notes, there is little question that had OPSEU, Local 324, brought a claim in the original instance under ss. 44 and 64.5(1) of the *Employment Standards Act*, the claim would have been arbitrable. However, Article 8.06(a) of the collective agreement clearly required the Union to state "the section or sections of the Agreement which are alleged to have been violated". OPSEU should therefore have raised s. 44 of the *Employment Standards Act*, barring employment discrimination on the basis of "pregnancy leave", which the legislature has explicitly incorporated into all collective agreements via s. 64.5(1). This OPSEU chose not to do. Even if the failure to raise the *Employment Standards Act* might have been curable or seen as a simple procedural defect, the Union would at the very least have had the obligation to raise the matter at the arbitration stage.

du syndicat qu'il ne devrait pas être appelé à s'occuper de questions pour lesquelles il est mal outillé ou qui peuvent créer des conflits entre ses membres. Lorsqu'il existe ailleurs des recours, le silence de la convention peut traduire le souhait du syndicat de voir ces recours utilisés de préférence à ceux prévus dans la convention. Le silence de la convention ne signifie pas la privation d'un droit ou d'un recours. Par ailleurs, l'arbitrage des conflits de travail risque de ne pas être rapide ni rentable si la procédure de règlement des griefs et d'arbitrage se trouve surchargée de questions que les parties n'entendent pas aborder par cette voie. La présente affaire parle d'elle-même à cet égard.

Le congédiement de M^{me} O'Brien n'est pas matière à arbitrage parce que le syndicat et l'employeur ont convenu de ne pas inclure dans la convention collective le congédiement des employés à l'essai, et le législateur n'entendait pas exiger qu'ils le fassent. Elle doit défendre ses droits devant la Commission des droits de la personne, comme tout employé non visé par une convention collective.

V. L'argument tardif fondé sur la Loi sur les normes d'emploi

Comme le souligne le juge Iacobucci, il ne fait pas de doute que, si la section locale 324 du SEEFPO avait initialement déposé une plainte en vertu de l'art. 44 et du par. 64.5(1) de la *Loi sur les normes d'emploi*, cette plainte aurait été arbitrable. Toutefois, l'alinéa 8.06a) de la convention collective exige clairement du syndicat qu'il invoque [TRADUCTION] « les articles de la convention qui auraient été violés ». Le SEEFPO aurait donc dû invoquer l'art. 44 de la *Loi sur les normes d'emploi*, qui interdit la discrimination dans l'emploi fondée sur le « congé de maternité » et que le législateur a explicitement incorporé dans toutes les conventions collectives via le par. 64.5(1). Or, le SEEFPO a choisi de ne pas le faire. On aurait peut-être pu remédier à l'omission d'invoquer la *Loi sur les normes d'emploi* ou la considérer comme un simple vice de procédure, mais le syndicat aurait au moins été tenu de soulever la question à l'étape de l'arbitrage.

The Union chose not to raise the *Employment Standards Act* claim at four different stages:

- (i) when it grieved in June 1998,
- (ii) at arbitration in February 1999,
- (iii) at its first appeal before the Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court) in January 2000, and
- (iv) at its second appeal before the Ontario Court of Appeal.

This clearly was a decision by the Union not to raise the *Employment Standards Act*. This decision rests with the Union and the employee. In the Court of Appeal, the employer should have been entitled to rely on this decision of the Union. In spite of the Union decision, the Court of Appeal raised the issue *sua sponte* months after the hearing, sought briefing, and decided the case based upon grounds never advanced in the grievance.

OPSEU and Parry Sound, both sophisticated entities, negotiated an agreement calling for certain procedural formalities — among them, that any grievance identify with specificity the section of the collective agreement alleged to have been violated. Furthermore, the *Employment Standards Act* makes clear that it is the union and not the individual who is to control the course of a grievance under the Act.

Section 64.5(2) reads:

An employee to whom a collective agreement applies . . . is not entitled to file or maintain a complaint under the Act.

Section 64.5(4) reads:

An employee to whom a collective agreement applies . . . is bound by a decision of the trade union with respect to the enforcement of the Act under the collective agreement, including a decision not to seek the enforcement of the Act.

The Union and O'Brien should be bound by the specific claims they made and the manner in which

À quatre étapes différentes, le syndicat a choisi de ne pas invoquer la violation de la *Loi sur les normes d'emploi* :

- (i) au dépôt du grief en juin 1998,
- (ii) à l'arbitrage en février 1999,
- (iii) à son premier appel devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire) en janvier 2000, et
- (iv) à son second appel devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Il s'agissait donc bel et bien d'une décision du syndicat de ne pas invoquer la *Loi sur les normes d'emploi*. Cette décision appartient au syndicat et à l'employé. Devant la Cour d'appel, l'employeur aurait dû pouvoir se fonder sur cette décision du syndicat. Malgré la décision du syndicat, la Cour d'appel a soulevé la question de son propre chef plusieurs mois après l'audience, a demandé des exposés à ce sujet et a tranché l'affaire sur la base de moyens qui n'avaient jamais été avancés dans le grief.

Le SEEFPO et le conseil de Parry Sound, deux entités averties, ont négocié une convention établissant certaines formalités procédurales — dont l'exigence que tout grief énonce avec précision l'article de la convention collective qui aurait été violé. De plus, la *Loi sur les normes d'emploi* dit clairement que c'est au syndicat et non au membre individuel qu'appartient la conduite d'une procédure de règlement des griefs en vertu de la Loi.

Texte du paragraphe 64.5(2) :

L'employé à qui une convention collective s'applique [. . .] n'a pas le droit de déposer ni de maintenir une plainte en vertu de la Loi.

Texte du paragraphe 64.5(4) :

L'employé à qui une convention collective s'applique [. . .] est lié par une décision prise par le syndicat relativement à l'application de la Loi en vertu de la convention, y compris une décision de ne pas tenter d'appliquer la Loi.

Le syndicat et M^{me} O'Brien devraient être liés par les plaintes spécifiques qu'ils ont déposées et

103

104

105

106

107

they presented them. The Court of Appeal erred in raising this issue, not chosen by the parties.

VI. Conclusion

108 O'Brien's *Human Rights Code* claim is not the subject of the agreement between her employer and her Union, and is therefore not arbitrable. To vindicate these rights, she must proceed before the Human Rights Commission.

109 I would allow the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, MAJOR and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ontario Public Service Employees Union, North York.

Solicitor for the intervener: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

par la manière dont ils l'ont fait. La Cour d'appel a commis une erreur en soulevant cette question, que les parties avaient décidé de ne pas invoquer.

VI. Conclusion

La plainte de M^{me} O'Brien fondée sur le *Code des droits de la personne* ne fait pas l'objet de la convention entre son employeur et son syndicat. Elle n'est donc pas arbitrable. Pour défendre ces droits, elle doit s'adresser à la Commission des droits de la personne.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges MAJOR et LEBEL sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intimé : Syndicat des employées et employés de la fonction publique de l'Ontario, North York.

Procureur de l'intervenante : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9

Available from:
Canadian Government Publishing
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente auprès de :
Les Éditions du gouvernement du Canada
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2003 Vol. 2

2^e cahier, 2003 Vol. 2

Cited as [2003] 2 S.C.R. 207-402

Renvoi [2003] 2 R.C.S. 207-402

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

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

Deputy Registrar / Registrare adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

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

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

R. v. Blais.....236

Constitutional law — Manitoba Natural Resources Transfer Agreement — Hunting rights — Métis — Métis convicted of hunting contrary to provincial statute — Natural Resources Transfer Agreement providing that provincial laws respecting game apply to Indians subject to their continuing right to hunt, trap and fish for food on unoccupied Crown lands — Whether Métis are “Indians” under hunting rights provision of Natural Resources Transfer Agreement — Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba), para. 13.

R. v. Edgar388

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge should have considered long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — If so, whether sentencing judge’s failure to do so constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

R. v. Johnson.....357

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Whether, under current regime, sentencing judge must consider long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — Whether sentencing judge must consider long-term offender provisions when predicate offence occurred prior to enactment of long-term offender provisions — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 753.1.

Criminal law — Sentencing — Appeal — Dangerous offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — If sentencing judge’s failure to consider long-term offender provisions constituted an error of law, whether appeal should be allowed on basis that error of law resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 759(3)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Sentencing judge did not consider long-term offender provisions enacted in 1997 because predicate offence committed prior to amendments — Whether sentencing judge required to consider applicability of long-term offender provisions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 753.1.

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Blais236

Droit constitutionnel — Convention sur le transfert des ressources naturelles du Manitoba — Droits de chasse — Métis — Métis déclaré coupable d’avoir chassé en contravention de la loi provinciale — Disposition de la Convention sur le transfert des ressources naturelles prévoyant que les lois provinciales s’appliquent aux Indiens, sous réserve du maintien de leur droit de chasser, de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne — Les Métis sont-ils des « Indiens » pour l’application des dispositions en matière de droits de chasse de la Convention sur le transfert des ressources naturelles? — Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba), par. 13.

R. c. Edgar388

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d’une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l’adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine aurait-il dû tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux? — Le cas échéant, est-ce que l’omission de le faire par le juge chargé de la détermination de la peine constitue une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

R. c. Johnson.....357

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d’une durée indéterminée — Dans le cadre du régime actuel, le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux? — Le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler lorsque l’infraction sous-jacente a été perpétrée avant leur adoption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 753.1.

Droit criminel — Détermination de la peine — Appel — Délinquants dangereux — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d’une durée indéterminée — Si l’omission par le juge chargé de la détermination de la peine de tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler constitue une erreur de droit, le pourvoi doit-il être accueilli au motif que cette erreur de droit n’a entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 759(3)(b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Kelly.....400

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring after enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge's failure to consider possibility of long-term offender designation constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b).

R. v. Mitchell.....396

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge should have considered long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — If so, whether sentencing judge's failure to do so constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

R. v. Powley.....207

Constitutional law — Aboriginal rights — Métis — Two members of a Métis community near Sault Ste. Marie charged with hunting contrary to provincial statute — Whether members of this Métis community have constitutional aboriginal right to hunt for food in environs of Sault Ste. Marie — If so, whether infringement justifiable — Constitution Act, 1982, s. 35 — Game and Fish Act, R.S.O. 1990, c. G.1, ss. 46, 47(1).

R. v. Smith.....392

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge's conclusion that long-term offender provisions not available to person who satisfies dangerous offender criteria constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

Wewaykum Indian Band v. Canada.....259

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Supreme Court judgment dismissing Indian bands' appeals — Indian bands presenting motions to set aside judgment alleging reasonable apprehension of bias arising from involvement of judge in bands' claims while serving as federal Associate Deputy Minister of Justice over

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas tenu compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler adoptées en 1997 parce que l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant les modifications — Le juge chargé de la détermination de la peine doit-il se pencher sur l'application éventuelle des dispositions relatives aux délinquants à contrôler? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 753.1.

R. c. Kelly.....400

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée après l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il commis une erreur de droit en omettant d'envisager la possibilité d'une déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)(b).

R. c. Mitchell.....396

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine aurait-il dû tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux? — Le cas échéant, est-ce que l'omission de le faire par le juge chargé de la détermination de la peine constitue une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

R. c. Powley.....207

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Métis — Accusation d'avoir chassé en contravention de la loi provinciale portée contre deux membres d'une communauté métisse située près de Sault Ste. Marie — Les membres de cette communauté métisse ont-ils un droit ancestral constitutionnellement garanti les autorisant à chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie? — Dans l'affirmative, l'atteinte à ce droit est-elle justifiable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 46, 47(1).

Suite à la page suivante

Continued on next page

CONTENTS (Concluded)

15 years prior to hearing of appeals — Whether judgment tainted by reasonable apprehension of bias — Whether judgment should be set aside.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Smith.....392

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les dispositions relatives aux délinquants à contrôler ne peuvent s'appliquer au bénéfice d'un délinquant qui remplit les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

Bande indienne Wewaykum c. Canada.....259

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Pourvois de bandes indiennes rejetés par la Cour suprême — Présentation par les bandes indiennes de requêtes en annulation du jugement fondée sur la crainte raisonnable de partialité qui découlerait du rôle joué par un juge dans les demandes des bandes en tant que sous-ministre adjoint de la Justice plus de 15 ans avant l'audition des appels — Le jugement est-il entaché d'une crainte raisonnable de partialité? — Y a-t-il lieu d'annuler le jugement?

Her Majesty The Queen *Appellant/
respondent on cross-appeal*

v.

**Steve Powley and Roddy
Charles Powley** *Respondents/appellants on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Quebec, Attorney General of New
Brunswick, Attorney General of Manitoba,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General for Saskatchewan, Attorney
General of Alberta, Attorney General of
Newfoundland and Labrador, Labrador
Métis Nation, a body corporate, Congress of
Aboriginal Peoples, Métis National Council
("MNC"), Métis Nation of Ontario ("MNO"),
B.C. Fisheries Survival Coalition, Aboriginal
Legal Services of Toronto Inc. ("ALST"),
Ontario Métis and Aboriginal Association
("OMAA"), Ontario Federation of Anglers
and Hunters ("OFAH"), Métis Chief Roy
E. J. DeLaRonde, on behalf of the Red Sky
Métis Independent Nation, and North Slave
Métis Alliance** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. POWLEY

Neutral citation: 2003 SCC 43.

File No.: 28533.

2003: March 17; 2003: September 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Aboriginal rights — Métis —
Two members of a Métis community near Sault Ste.*

Sa Majesté la Reine *Appelante/intimée au
pourvoi incident*

c.

**Steve Powley et Roddy
Charles Powley** *Intimés/appealants au pourvoi
incident*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général du Québec, procureur général du
Nouveau-Brunswick, procureur général
du Manitoba, procureur général de la
Colombie-Britannique, procureur général
de la Saskatchewan, procureur général de
l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-
et-Labrador, Labrador Métis Nation,
personne morale, Congrès des peuples
autochtones, Ralliement national des
Métis (« RNM »), Métis Nation of Ontario
 (« MNO »), B.C. Fisheries Survival Coalition,
Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.
 (« ALST »), Ontario Métis and Aboriginal
Association (« OMAA »), Ontario Federation
of Anglers and Hunters (« OFAH »), chef
métis Roy E. J. DeLaRonde, au nom de la
Red Sky Métis Independent Nation, et North
Slave Métis Alliance** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. POWLEY

Référence neutre : 2003 CSC 43.

N° du greffe : 28533.

2003 : 17 mars; 2003 : 19 septembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Métis —
Accusation d'avoir chassé en contravention de la loi*

Marie charged with hunting contrary to provincial statute — Whether members of this Métis community have constitutional aboriginal right to hunt for food in environs of Sault Ste. Marie — If so, whether infringement justifiable — Constitution Act, 1982, s. 35 — Game and Fish Act, R.S.O. 1990, c. G.1, ss. 46, 47(1).

The respondents, who are members of a Métis community near Sault Ste. Marie, were acquitted of unlawfully hunting a moose without a hunting licence and with knowingly possessing game hunted in contravention of ss. 46 and 47(1) of Ontario's *Game and Fish Act*. The trial judge found that the members of the Métis community in and around Sault Ste. Marie have, under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, an aboriginal right to hunt for food that is infringed without justification by the Ontario hunting legislation. The Superior Court of Justice and the Court of Appeal upheld the acquittals.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

The term "Métis" in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. A Métis community is a group of Métis with a distinctive collective identity, living together in the same geographical area and sharing a common way of life. The purpose of s. 35 is to protect practices that were historically important features of these distinctive communities and that persist in the present day as integral elements of their Métis culture. In applying the *Van der Peet* test to determine the Métis' s. 35 entitlements, the pre-contact aspect of the test must be adjusted to take into account the post-contact ethnogenesis and evolution of the Métis. A pre-control test establishing when Europeans achieved political and legal control in an area and focusing on the period after a particular Métis community arose and before it came under the control of European laws and customs is necessary to accommodate this history.

provinciale portée contre deux membres d'une communauté métisse située près de Sault Ste. Marie — Les membres de cette communauté métisse ont-ils un droit ancestral constitutionnellement garanti les autorisant à chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie? — Dans l'affirmative, l'atteinte à ce droit est-elle justifiable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 46, 47(1).

Les intimés, membres d'une communauté métisse située près de Sault Ste. Marie, ont été acquittés d'avoir chassé illégalement l'original sans être munis d'un permis de chasse et d'avoir sciemment eu en leur possession du gibier chassé en contravention de l'art. 46 et du par. 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario. Le juge du procès a conclu que le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* garantit aux membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville un droit ancestral leur permettant de chasser pour se nourrir, et que la réglementation ontarienne sur la chasse porte atteinte à ce droit de manière injustifiée. La Cour supérieure de justice et la Cour d'appel ont confirmé les acquittements.

Arrêt : Les pourvois principal et incident sont rejetés.

Le mot « Métis » à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits, d'une part, et de leurs ancêtres européens, d'autre part. Une communauté métisse est un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun. L'objet de l'art. 35 est de protéger les pratiques qui, historiquement, ont constitué des caractéristiques importantes de ces communautés distinctes et qui continuent aujourd'hui de faire partie intégrante de leur culture métisse. En appliquant le critère établi dans l'arrêt *Van der Peet* pour déterminer les droits dont jouissent les Métis en vertu de l'art. 35, l'élément d'antériorité au contact avec les Européens prévu par ce critère doit être adapté pour tenir compte de l'ethnogénèse et de l'évolution des Métis, qui sont postérieures au contact. Pour tenir compte de l'histoire des Métis, il convient d'appliquer un critère de l'antériorité à la mainmise sur le territoire qui prend en compte le moment où les Européens ont établi leur domination politique et juridique dans une région donnée, et qui s'attache à la période ayant suivi la naissance d'une communauté métisse donnée et précédé l'assujettissement de celle-ci aux lois et coutumes européennes.

Aboriginal rights are communal, grounded in the existence of a historic and present community, and exercisable by virtue of an individual's ancestrally based membership in the present community. The aboriginal right claimed in this case is the right to hunt for food in the environs of Sault Ste. Marie. To support a site-specific aboriginal rights claim, an identifiable Métis community with some degree of continuity and stability must be established through evidence of shared customs, traditions, and collective identity, as well as demographic evidence. The trial judge's findings of a historic Métis community and of a contemporary Métis community in and around Sault Ste. Marie are supported by the record and must be upheld.

The verification of a claimant's membership in the relevant contemporary community is crucial, since individuals are only entitled to exercise Métis aboriginal rights by virtue of their ancestral connection to and current membership in a Métis community. Self-identification, ancestral connection, and community acceptance are factors which define Métis identity for the purpose of claiming Métis rights under s. 35. Absent formal identification, courts will have to ascertain Métis identity on a case-by-case basis taking into account the value of community self-definition, the need for the process of identification to be objectively verifiable and the purpose of the constitutional guarantee. Here, the trial judge correctly found that the respondents are members of the Métis community that arose and still exists in and around Sault Ste. Marie. Residency on a reserve for a period of time by the respondents' ancestors did not, in the circumstances of this case, negate their Métis identity. An individual decision by a Métis person's ancestors to take treaty benefits does not necessarily extinguish that person's claim to Métis rights, absent collective adhesion by the Métis community to the treaty.

The view that Métis rights must find their origin in the pre-contact practices of their aboriginal ancestors must be rejected. This view in effect would deny to Métis their full status as distinctive rights-bearing peoples whose own integral practices are entitled to constitutional protection under s. 35(1). The historical record fully supports the trial judge's finding that the period just prior to 1850 is the appropriate date for finding effective European control in the Sault Ste. Marie area. The evidence also

Les droits ancestraux sont des droits collectifs fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et pouvant être exercés si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales. Le droit revendiqué en l'espèce est celui de chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie. Pour étayer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut établir l'existence d'une communauté métisse identifiable — caractérisée par un certain degré de continuité et de stabilité — au moyen de données démographiques pertinentes et d'éléments de preuve montrant que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective. La conclusion du juge du procès selon laquelle il existe une communauté métisse — historique et actuelle — à Sault Ste. Marie est étayée par le dossier et doit être confirmée.

Il est crucial de vérifier l'appartenance d'un demandeur à la communauté actuelle pertinente, puisqu'un individu n'est admis à exercer des droits ancestraux métis que s'il possède des liens ancestraux avec une communauté métisse et que s'il appartient à cette dernière. L'auto-identification, les liens ancestraux et l'acceptation par la communauté sont des facteurs qui établissent l'identité métisse dans le cadre d'une revendication fondée sur l'art. 35. En l'absence d'une identification formelle, les tribunaux devront statuer au cas par cas sur la question de l'identité métisse en tenant compte de la manière dont la communauté se définit, de la nécessité que l'identité puisse se vérifier objectivement et de l'objet de la garantie constitutionnelle. En l'espèce, le juge du procès a eu raison de conclure que les intimés sont membres de la communauté métisse qui a vu le jour à Sault Ste. Marie et dans les environs de cette ville et qui y existe encore. Eu égard aux circonstances de la présente affaire, le fait que les ancêtres des intimés ont vécu dans une réserve indienne pendant un certain temps n'enlève pas à ces derniers leur identité métisse. La décision — de nature individuelle — des ancêtres d'un Métis de se prévaloir des avantages prévus par un traité n'exclut pas nécessairement la faculté de cette personne de revendiquer des droits reconnus aux Métis, dans le cas où il n'y a pas eu d'adhésion collective à ce traité par la communauté métisse concernée.

Il faut rejeter le point de vue selon lequel les droits des Métis doivent tirer leur origine des pratiques de leurs ancêtres autochtones qui sont antérieures au contact avec les Européens. L'adoption de ce point de vue aurait pour effet de nier aux Métis leur pleine qualité de peuples distincts, titulaires de droits et dont les pratiques qui font partie intégrante de leur culture bénéficient de la protection constitutionnelle prévue par le par. 35(1). La preuve historique étaye pleinement la conclusion du juge du

supports his finding that hunting for food was integral to the Métis way of life at Sault Ste. Marie in the period just prior to 1850. This practice has been continuous to the present.

Ontario's lack of recognition of any Métis right to hunt for food and the application of the challenged provisions infringes the Métis aboriginal right and conservation concerns did not justify the infringement. Even if the moose population in that part of Ontario were under threat, the Métis would still be entitled to a priority allocation to satisfy their subsistence needs. Further, the difficulty of identifying members of the Métis community should not be exaggerated so as to defeat constitutional rights. In the immediate future, the hunting rights of the Métis should track those of the Ojibway in terms of restrictions for conservation purposes and priority allocations. In the longer term, a combination of negotiation and judicial settlement will more clearly define the contours of the Métis right to hunt.

While the Court of Appeal had jurisdiction to issue a stay of its decision, which has now expired, no compelling reason existed for issuing an additional stay.

Cases Cited

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35.
Game and Fish Act, R.S.O. 1990, c. G.1, ss. 46, 47(1).

Authors Cited

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Perspectives and Realities*, vol. 4. Ottawa: The Commission, 1996.
Lytwyn, Victor P. "Historical Report on the Métis Community at Sault Ste. Marie", March 27, 1998.
Morrison, James. "The Robinson Treaties of 1850: A Case Study". Study prepared by the Royal Commission on Aboriginal Peoples.

procès que la période tout juste avant 1850 est le moment de la mainmise effective des Européens sur la région de Sault Ste. Marie. Cette preuve appuie également sa conclusion que la pratique de la chasse pour se nourrir faisait partie intégrante du mode de vie des Métis de Sault Ste. Marie juste avant 1850. Cette pratique n'a pas cessé de faire partie intégrante de leur mode de vie.

Le fait que l'Ontario ne reconnaît pas aux Métis le droit de chasser pour se nourrir ainsi que l'application des dispositions contestées portent atteinte au droit ancestral des Métis, et la conservation de la faune n'est pas une considération qui justifie cette atteinte. Même si la population d'originaux dans cette région de l'Ontario était menacée, les Métis disposeraient quand même d'un droit de chasse prioritaire pour assurer leur subsistance. De plus, il ne faut pas exagérer la difficulté d'identifier les membres de la communauté métisse pour justifier de leur refuser des droits garantis par la Constitution. Dans l'immédiat, les droits de chasse des Métis devraient correspondre à ceux des Ojibway pour ce qui est des restrictions applicables aux fins de conservation et d'exploitation prioritaire. À long terme, la tenue de négociations ainsi que des décisions judiciaires qui seront rendues sur la question permettront de délimiter plus clairement le droit des Métis de chasser.

Bien que la Cour d'appel ait eu compétence pour surseoir à la prise d'effet de sa décision, lequel sursis est maintenant expiré, il n'y a aucune raison impérieuse d'ordonner un sursis d'exécution additionnel.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 46, 47(1).

Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités*, vol. 4. Ottawa : La Commission, 1996.
Lytwyn, Victor P. « Historical Report on the Métis Community at Sault Ste. Marie », March 27, 1998.
Morrison, James. « The Robinson Treaties of 1850 : A Case Study ». Étude préparée pour la Commission royale sur les peuples autochtones.

Ontario. Ministry of Natural Resources. *Interim Enforcement Policy on Aboriginal Right to Hunt and Fish for Food*. Toronto: The Ministry, 1991.

Peterson, Jacqueline. "Many roads to Red River: Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815". In Jacqueline Peterson and Jennifer S. H. Brown, eds., *The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America*. Winnipeg: University of Manitoba Press, 1985, 37.

Ray, Arthur J. "An Economic History of the Robinson Treaties Area Before 1860", March 17, 1998.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2001), 53 O.R. (3d) 35, 196 D.L.R. (4th) 221, 141 O.A.C. 121, 152 C.C.C. (3d) 97, [2001] 2 C.N.L.R. 291, 40 C.R. (5th) 221, 80 C.R.R. (2d) 1, [2001] O.J. No. 607 (QL), affirming a decision of the Superior Court of Justice (2000), 47 O.R. (3d) 30, [2000] 2 C.N.L.R. 233, upholding a judgment of the Ontario Court (Provincial Division), [1999] 1 C.N.L.R. 153, 58 C.R.R. (2d) 149, [1998] O.J. No. 5310 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

Lori R. Sterling and Peter Lemmond, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Jean Teillet and Arthur Pape, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Ivan G. Whitehall, Q.C., Michael H. Morris and Barbara Ritzen, for the intervener the Attorney General of Canada.

René Morin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gabriel Bourgeois, Q.C., and Pierre Castonguay, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Deborah L. Carlson and Holly D. Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Darlene A. Leavitt, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Ontario. Ministère des Richesses naturelles. *Politique provisoire de mise en application des lois sur le droit des autochtones à chasser et à pêcher à des fins alimentaires*. Toronto : Le Ministère, 1991.

Peterson, Jacqueline. « Many roads to Red River : Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815 ». In Jacqueline Peterson and Jennifer S. H. Brown, eds., *The New Peoples : Being and Becoming Métis in North America*. Winnipeg : University of Manitoba Press, 1985, 37.

Ray, Arthur J. « An Economic History of the Robinson Treaties Area Before 1860 », March 17, 1998.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2001), 53 O.R. (3d) 35, 196 D.L.R. (4th) 221, 141 O.A.C. 121, 152 C.C.C. (3d) 97, [2001] 2 C.N.L.R. 291, 40 C.R. (5th) 221, 80 C.R.R. (2d) 1, [2001] O.J. No. 607 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure de justice (2000), 47 O.R. (3d) 30, [2000] 2 C.N.L.R. 233, ayant maintenu un jugement de la Cour de l'Ontario (Division provinciale), [1999] 1 C.N.L.R. 153, 58 C.R.R. (2d) 149, [1998] O.J. No. 5310 (QL). Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Lori R. Sterling et Peter Lemmond, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Jean Teillet et Arthur Pape, pour les intimés/appealants au pourvoi incident.

Ivan G. Whitehall, c.r., Michael H. Morris et Barbara Ritzen, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

René Morin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gabriel Bourgeois, c.r., et Pierre Castonguay, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Deborah L. Carlson et Holly D. Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Darlene A. Leavitt, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Margaret Unsworth and Kurt Sandstrom, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Donald H. Burrage, Q.C., for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

D. Bruce Clarke, for the intervener the Labrador Métis Nation.

Joseph Eliot Magnet, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

Clem Chartier and Jason Madden, for the interveners the Métis National Council and the Métis Nation of Ontario.

Written submissions only by *J. Keith Lowes*, for the intervener the B.C. Fisheries Survival Coalition.

Written submissions only by *Brian Eyolfson*, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Robert MacRae, for the intervener the Ontario Métis and Aboriginal Association.

Written submissions only by *Timothy S. B. Danson*, for the intervener the Ontario Federation of Anglers and Hunters.

Alan Pratt and Carla M. McGrath, for the intervener the Métis Chief Roy E. J. DeLaRonde, on behalf of the Red Sky Métis Independent Nation.

Written submissions only by *Janet L. Hutchison and Stuart C. B. Gilby*, for the intervener the North Slave Métis Alliance.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

¹ This case raises the issue of whether members of the Métis community in and around Sault Ste. Marie enjoy a constitutionally protected right to hunt for food under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. We conclude that they do.

Margaret Unsworth et Kurt Sandstrom, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Donald H. Burrage, c.r., pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

D. Bruce Clarke, pour l'intervenante Labrador Métis Nation.

Joseph Eliot Magnet, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

Clem Chartier et Jason Madden, pour les intervenants le Ralliement national des Métis et Métis Nation of Ontario.

Argumentation écrite seulement par *J. Keith Lowes*, pour l'intervenante B.C. Fisheries Survival Coalition.

Argumentation écrite seulement par *Brian Eyolfson*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Robert MacRae, pour l'intervenante Ontario Métis and Aboriginal Association.

Argumentation écrite seulement par *Timothy S. B. Danson*, pour l'intervenante Ontario Federation of Anglers and Hunters.

Alan Pratt et Carla M. McGrath, pour l'intervenant le chef métis Roy E. J. DeLaRonde, au nom de la Red Sky Métis Independent Nation.

Argumentation écrite seulement par *Janet L. Hutchison et Stuart C. B. Gilby*, pour l'intervenante North Slave Métis Alliance.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Il s'agit en l'espèce de décider si les membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville possèdent un droit constitutionnel de chasser pour se nourrir garanti par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous concluons que oui.

On the morning of October 22, 1993, Steve Powley and his son, Roddy, set out hunting. They headed north from their residence in Sault Ste. Marie, and at about 9 a.m., they shot and killed a bull moose near Old Goulais Bay Road.

Moose hunting in Ontario is subject to strict regulation. The Ministry of Natural Resources (“MNR”) issues Outdoor Cards and validation stickers authorizing the bearer to harvest calf moose during open season. People wishing to harvest adult moose must enter a lottery to obtain a validation tag authorizing them to hunt either a bull or a cow in a particular area, as specified on the tag. The number of tags issued for a given season depends on the calculations of MNR biologists, who estimate the current adult moose population and the replacement rate for animals removed from the population. The validation tag requirement and seasonal restrictions are not enforced against Status Indians, and the MNR does not record Status Indians’ annual harvest. (See *MNR Interim Enforcement Policy on Aboriginal Right to Hunt and Fish for Food* (1991).)

After shooting the bull moose near Old Goulais Bay Road, Steve and Roddy Powley transported it to their residence in Sault Ste. Marie. Neither of them had a valid Outdoor Card, a valid hunting licence to hunt moose, or a validation tag issued by the MNR. In lieu of these documents, Steve Powley affixed a handwritten tag to the ear of the moose. The tag indicated the date, time, and location of the kill, as required by the hunting regulations. It stated that the animal was to provide meat for the winter. Steve Powley signed the tag, and wrote his Ontario Métis and Aboriginal Association membership number on it.

Later that day, two conservation officers arrived at the Powleys’ residence. The Powleys told the officers they had shot the moose. One week later, the Powleys were charged with unlawfully hunting moose and knowingly possessing game hunted

Le matin du 22 octobre 1993, Steve Powley et son fils Roddy sont partis chasser. Ils ont quitté leur domicile de Sault Ste. Marie et pris la direction du nord. Vers 9 heures, ils ont abattu un orignal mâle près du chemin Old Goulais Bay.

En Ontario, la chasse à l’orignal est réglementée de façon stricte. Le ministère des Richesses naturelles (le « MRN ») délivre des cartes Plein air et des vignettes de validation autorisant leur titulaire à abattre un jeune orignal pendant la saison de chasse. Les personnes désireuses d’abattre un orignal adulte doivent participer au tirage des vignettes de validation les autorisant à chasser un orignal adulte — mâle ou femelle — dans le secteur précisé sur la vignette. Le nombre de vignettes délivrées pendant une saison de chasse est déterminé par les biologistes du MRN, qui évaluent la population d’originaux adultes et le taux de remplacement des individus abattus. Le MRN n’oblige pas les Indiens inscrits à se procurer des vignettes de validation et à respecter les périodes d’interdiction de chasse, et il ne tient pas le compte de la récolte annuelle d’originaux par les Indiens inscrits. (Voir la *Politique provisoire de mise en application des lois sur le droit des autochtones à chasser et à pêcher à des fins alimentaires* du MRN (1991).)

Après avoir abattu l’orignal mâle près du chemin Old Goulais Bay, Steve et Roddy Powley l’ont transporté jusqu’à leur résidence à Sault Ste. Marie. Ni l’un ni l’autre ne détenaient de carte Plein air, de permis de chasse à l’orignal valide ou de vignette de validation délivrée par le MRN. Au lieu de ces documents, Steve Powley a fixé à l’oreille de l’animal une étiquette manuscrite indiquant, comme l’exigent les règlements sur la chasse, la date, l’heure et le lieu où celui-ci avait été abattu. Il y a précisé que la bête abattue fournirait de la viande pour l’hiver. Steve Powley a signé l’étiquette et y a inscrit son numéro de membre de l’Ontario Métis and Aboriginal Association.

Plus tard le même jour, deux agents de la protection de la nature se sont rendus chez les Powley. Ces derniers leur ont dit qu’ils avaient abattu l’orignal. Une semaine plus tard, les intimés ont été accusés d’avoir illégalement chassé l’orignal et d’avoir

2

3

4

5

in contravention of the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G-1. They both entered pleas of not guilty.

6 The facts are not in dispute. The Powleys freely admit that they shot, killed, and took possession of a bull moose without a hunting licence. However, they argue that, as Métis, they have an aboriginal right to hunt for food in the Sault Ste. Marie area that cannot be infringed by the Ontario government without proper justification. Because the Ontario government denies the existence of any special Métis right to hunt for food, the Powleys argue that subjecting them to the moose hunting provisions of the *Game and Fish Act* violates their rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and cannot be justified.

7 The trial court, Superior Court, and Court of Appeal agreed with the Powleys. They found that the members of the Métis community in and around Sault Ste. Marie have an aboriginal right to hunt for food that is infringed without justification by the Ontario hunting regulations. Steve and Roddy Powley were therefore acquitted of unlawfully hunting and possessing the bull moose. Ontario appeals from these acquittals.

8 The question before us is whether ss. 46 and 47(1) of the *Game and Fish Act*, which prohibit hunting moose without a licence, unconstitutionally infringe the respondents' aboriginal right to hunt for food, as recognized in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

II. Analysis

9 Section 35 of the *Constitution Act, 1982* provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

sciemment eu en leur possession du gibier ayant été chassé en contravention de la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, ch. G.1. Ils ont tous deux plaidé non coupable.

Les parties s'entendent sur les faits. Les Powley reconnaissent d'emblée avoir abattu un orignal mâle et l'avoir eu en leur possession sans être munis d'un permis de chasse. Ils font cependant valoir que, en tant que Métis, ils possèdent un droit ancestral leur permettant de chasser pour se nourrir dans la région de Sault Ste. Marie et que le gouvernement ontarien ne peut porter atteinte à ce droit sans raison valable. Étant donné que le gouvernement de l'Ontario refuse de reconnaître l'existence de tout droit particulier autorisant les Métis à chasser pour se nourrir, les intimés soutiennent que leur assujettissement aux dispositions de la *Loi sur la chasse et la pêche* applicables à la chasse à l'orignal porte atteinte aux droits que leur garantit le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que cette atteinte ne peut être justifiée.

Le tribunal de première instance, la Cour supérieure de justice et la Cour d'appel ont donné raison aux Powley. Toutes ces juridictions ont conclu que les membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville possèdent un droit ancestral leur permettant de chasser pour se nourrir et que la réglementation ontarienne sur la chasse porte atteinte à ce droit de manière injustifiée. Steve et Roddy Powley ont donc été acquittés des accusations d'avoir illégalement chassé et eu en leur possession un orignal mâle. L'Ontario appelle de ces acquittements.

Notre Cour doit décider si l'art. 46 et le par. 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche*, qui prohibent la chasse à l'orignal sans permis, portent atteinte de manière inconstitutionnelle au droit ancestral de chasser pour se nourrir que leur reconnaîtrait le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

II. Analyse

L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est ainsi rédigé :

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

The term “Métis” in s. 35 does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, way of life, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. Métis communities evolved and flourished prior to the entrenchment of European control, when the influence of European settlers and political institutions became pre-eminent. The Royal Commission on Aboriginal Peoples describes this evolution as follows:

Intermarriage between First Nations and Inuit women and European fur traders and fishermen produced children, but the birth of new Aboriginal cultures took longer. At first, the children of mixed unions were brought up in the traditions of their mothers or (less often) their fathers. Gradually, however, distinct Métis cultures emerged, combining European and First Nations or Inuit heritages in unique ways. Economics played a major role in this process. The special qualities and skills of the Métis population made them indispensable members of Aboriginal/non-Aboriginal economic partnerships, and that association contributed to the shaping of their cultures. . . . As interpreters, diplomats, guides, couriers, freighters, traders and suppliers, the early Métis people contributed massively to European penetration of North America.

The French referred to the fur trade Métis as *coureurs de bois* (forest runners) and *bois brûlés* (burnt-wood people) in recognition of their wilderness occupations and their dark complexions. The Labrador Métis (whose culture had early roots) were originally called “livyers” or “settlers”, those who remained in the fishing settlements year-round rather than returning periodically to Europe or Newfoundland. The Cree people expressed the Métis character in the term *Otepayemsuak*, meaning the “independent ones”.

(*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Perspectives and Realities*, vol. 4, at pp. 199-200 (“RCAP Report”))

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

Le mot « Métis » à l’art. 35 ne vise pas toutes les personnes d’ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes, façons de vivre et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d’une part et de leurs ancêtres européens d’autre part. Les communautés métisses ont vu le jour et se sont épanouies avant que les Européens ne consolident leur emprise sur le territoire et que l’influence des colons et des institutions politiques du vieux continent ne devienne prédominante. La Commission royale sur les peuples autochtones décrit cette évolution ainsi :

Si des enfants naquirent très rapidement des mariages entre les Indiennes ou les femmes inuit et les Européens marchands de pelleteries et pêcheurs, l’avènement de nouvelles cultures autochtones se fit attendre plus longtemps. Au début, les enfants de ces unions mixtes furent élevés selon la tradition de leur mère ou (moins souvent) selon celle de leur père. Toutefois, peu à peu, des cultures métisses distinctes ont fait leur apparition, nées de la fusion originale du patrimoine des Européens et de celui des Premières nations ou des Inuit. L’économie joua un grand rôle dans ce processus. Les Métis avaient des qualités et des compétences particulières qui firent d’eux des partenaires indispensables dans les associations économiques entre autochtones et non-autochtones, et ce rôle contribua à façonner leur culture. [. . .] En tant qu’interprètes, intermédiaires, guides, messagers, transporteurs, commerçants et fournisseurs, les premiers Métis facilitèrent considérablement la pénétration des Européens en Amérique du Nord.

Les Français appelaient « coureurs des bois » et « bois brûlés » les Métis qui faisaient la traite des fourrures en raison de leurs activités dans les régions sauvages et de leur teint foncé. Les Métis du Labrador (dont la culture remonte loin dans le temps) étaient appelés *livyers* ou *settlers* — car ils restaient dans les établissements de pêche toute l’année au lieu de regagner périodiquement l’Europe ou Terre-Neuve. Les Cris désignaient les Métis par un terme exprimant un de leurs traits caractéristiques, *Otepayemsuak*, c’est-à-dire les « indépendants ».

(*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités*, vol. 4, p. 225-226 (« Rapport de la CRPA »))

The Métis developed separate and distinct identities, not reducible to the mere fact of their mixed ancestry: “What distinguishes Métis people from everyone else is that they associate themselves with a culture that is distinctly Métis” (*RCAP Report*, vol. 4, at p. 202).

Les Métis se sont forgé des identités distinctes qu’on ne saurait réduire au seul fait de leur ascendance mixte. « Ceux qui se disent Métis se distinguent des autres par leur culture incontestablement métisse » (*Rapport de la CRPA*, vol. 4, p. 228).

11 The Métis of Canada share the common experience of having forged a new culture and a distinctive group identity from their Indian or Inuit and European roots. This enables us to speak in general terms of “the Métis”. However, particularly given the vast territory of what is now Canada, we should not be surprised to find that different groups of Métis exhibit their own distinctive traits and traditions. This diversity among groups of Métis may enable us to speak of Métis “peoples”, a possibility left open by the language of s. 35(2), which speaks of the “Indian, Inuit and Métis peoples of Canada”.

Les Métis du Canada ont en commun d’avoir créé une culture nouvelle et une identité collective distincte de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d’une part et de leurs ancêtres européens d’autre part. Nous pouvons en conséquence parler de façon générale des « Métis ». Toutefois, en raison tout particulièrement de l’immensité du territoire qui est aujourd’hui le Canada, il ne faut pas se surprendre que différents groupes de Métis possèdent leurs propres caractéristiques et traditions distinctives. Cette diversité au sein des groupes métis permet peut-être de parler de « peuples » métis, possibilité que suggère le passage suivant du texte anglais du par. 35(2) : « *Indian, Inuit and Métis peoples of Canada* ».

12 We would not purport to enumerate the various Métis peoples that may exist. Because the Métis are explicitly included in s. 35, it is only necessary for our purposes to verify that the claimants belong to an identifiable Métis community with a sufficient degree of continuity and stability to support a site-specific aboriginal right. A Métis community can be defined as a group of Métis with a distinctive collective identity, living together in the same geographic area and sharing a common way of life. The respondents here claim membership in the Métis community centred in and around Sault Ste. Marie. It is not necessary for us to decide, and we did not receive submissions on, whether this community is also a Métis “people”, or whether it forms part of a larger Métis people that extends over a wider area such as the Upper Great Lakes.

Nous n’entendons pas énumérer les différents peuples métis qui peuvent exister. Comme les Métis sont expressément mentionnés à l’art. 35, il suffit en l’espèce de s’assurer que les demandeurs appartiennent à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant pour étayer l’existence d’un droit ancestral rattaché à un lieu précis. Une communauté métisse peut être définie comme étant un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun. En l’espèce, les intimés disent appartenir à la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville. Notre Cour, qui n’a d’ailleurs pas reçu d’observations à ce sujet, n’a pas à décider si cette communauté métisse constitue également un « peuple » métis ou si elle fait partie d’un peuple métis habitant une région plus vaste, par exemple le secteur supérieur des Grands Lacs.

13 Our evaluation of the respondents’ claim takes place against this historical and cultural backdrop. The overarching interpretive principle for our legal analysis is a purposive reading of s. 35. The inclusion of the Métis in s. 35 is based on a commitment

C’est sur cette toile de fond historique et culturelle que nous allons examiner la revendication des intimés. Dans notre analyse juridique, nous ferons particulièrement une interprétation téléologique de l’art. 35. L’inclusion des Métis à l’art. 35 traduit

to recognizing the Métis and enhancing their survival as distinctive communities. The purpose and the promise of s. 35 is to protect practices that were historically important features of these distinctive communities and that persist in the present day as integral elements of their Métis culture.

For the reasons elaborated below, we uphold the basic elements of the *Van der Peet* test (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507) and apply these to the respondents' claim. However, we modify certain elements of the pre-contact test to reflect the distinctive history and post-contact ethnogenesis of the Métis, and the resulting differences between Indian claims and Métis claims.

A. *The Van der Peet Test*

The core question in *Van der Peet* was: "How should the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* be defined?" (para. 15, *per* Lamer C.J.). Lamer C.J. wrote for the majority, at para. 31:

[W]hat s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown.

The emphasis on prior occupation as the primary justification for the special protection accorded aboriginal rights led the majority in *Van der Peet* to endorse a pre-contact test for identifying which customs, practices or traditions were integral to a particular aboriginal culture, and therefore entitled to constitutional protection. However, the majority recognized that the pre-contact test might prove inadequate to capture the range of Métis customs,

un engagement à reconnaître les Métis et à favoriser leur survie en tant que communautés distinctes. L'objet de l'art. 35 et la promesse qu'il exprime consistent à protéger les pratiques qui, historiquement, ont constitué des caractéristiques importantes de ces communautés distinctes et qui continuent aujourd'hui de faire partie intégrante de leur culture métisse.

Pour les motifs exposés ci-après, nous confirmons les éléments fondamentaux du critère dégagé dans l'arrêt *Van der Peet* (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507), et nous les appliquons à la revendication des intimés. Nous modifions toutefois certains éléments du critère fondé sur l'antériorité au contact avec les Européens pour tenir compte de l'ethnogenèse postérieure au contact et de l'histoire distinctive des Métis, et des différences qui en résultent du point de vue de leurs revendications et de celles des Indiens.

A. *Le critère établi dans Van der Peet*

Dans l'arrêt *Van der Peet*, le juge en chef Lamer a formulé la question centrale comme suit au par. 15 : « Comment faut-il s'y prendre pour définir les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*? » S'exprimant pour la majorité, il a écrit ceci, au par. 31 :

[L]e par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté.

Dans cet arrêt, l'accent mis sur l'occupation antérieure du territoire comme principale justification de la protection spéciale accordée aux droits ancestraux a amené les juges de la majorité à adopter un critère fondé sur l'antériorité au contact avec les Européens pour identifier les coutumes, pratiques ou traditions faisant partie intégrante d'une culture autochtone donnée et bénéficiant, de ce fait, de la protection de la Constitution. Cependant, les juges majoritaires ont

14

15

16

practices or traditions that are entitled to protection, since Métis cultures by definition post-date European contact. For this reason, Lamer C.J. explicitly reserved the question of how to define Métis aboriginal rights for another day. He wrote at para. 67:

[T]he history of the Métis, and the reasons underlying their inclusion in the protection given by s. 35, are quite distinct from those of other aboriginal peoples in Canada. As such, the manner in which the aboriginal rights of other aboriginal peoples are defined is not necessarily determinative of the manner in which the aboriginal rights of the Métis are defined. At the time when this Court is presented with a Métis claim under s. 35 it will then, with the benefit of the arguments of counsel, a factual context and a specific Métis claim, be able to explore the question of the purposes underlying s. 35's protection of the aboriginal rights of Métis people, and answer the question of the kinds of claims which fall within s. 35(1)'s scope when the claimants are Métis. The fact that, for other aboriginal peoples, the protection granted by s. 35 goes to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples prior to contact, is not necessarily relevant to the answer which will be given to that question.

reconnu que ce critère pourrait se révéler inadéquat pour reconnaître les coutumes, pratiques ou traditions métisses ayant droit à la même protection, puisque, par définition, les cultures métisses sont postérieures au contact avec les Européens. Pour cette raison, le juge en chef Lamer a expressément indiqué que la question de la définition des droits ancestraux des Métis devrait être réglée à l'occasion d'un autre pourvoi. Voici ce qu'il a dit à cet égard, au par. 67 :

[L]'histoire des Métis et les raisons qui sous-tendent leur inclusion pour qu'ils bénéficient de la protection accordée par l'art. 35 diffèrent considérablement de celles qui concernent les autres peuples autochtones du Canada. Comme telle, la manière dont les droits ancestraux des autres peuples autochtones sont définis n'est pas nécessairement déterminante en ce qui concerne la manière dont sont définis ceux des Métis. Lorsque notre Cour sera saisie d'une revendication présentée par des Métis en vertu de l'art. 35, elle sera alors à même, grâce aux arguments des avocats, du contexte factuel et du fait que la revendication touche spécifiquement les Métis, d'examiner la question des objets qui sous-tendent la protection accordée par l'art. 35 aux droits ancestraux des Métis et de déterminer le genre de revendications qui relèvent du par. 35(1) dans les cas où les demandeurs sont des Métis. Le fait que, en ce qui concerne d'autres peuples autochtones, l'art. 35 protège leurs coutumes, pratiques et traditions qui existaient avant le contact avec les Européens n'est pas nécessairement pertinent pour ce qui est de la réponse qui sera donnée à cette question.

17

As indicated above, the inclusion of the Métis in s. 35 is not traceable to their pre-contact occupation of Canadian territory. The purpose of s. 35 as it relates to the Métis is therefore different from that which relates to the Indians or the Inuit. The constitutionally significant feature of the Métis is their special status as peoples that emerged between first contact and the effective imposition of European control. The inclusion of the Métis in s. 35 represents Canada's commitment to recognize and value the distinctive Métis cultures, which grew up in areas not yet open to colonization, and which the framers of the *Constitution Act, 1982* recognized can only survive if the Métis are protected along with other aboriginal communities.

Comme il a été indiqué plus tôt, l'inclusion des Métis à l'art. 35 ne saurait évidemment pas être expliquée par le fait qu'ils auraient occupé le territoire canadien avant le contact avec les Européens. L'objet de l'art. 35 en ce qui concerne les Métis n'est donc pas le même qu'en ce qui concerne les Indiens et les Inuits. Le trait important qui caractérise les Métis du point de vue constitutionnel est leur statut spécial en tant que peuples ayant vu le jour entre le premier contact des Indiens avec les Européens et la mainmise effective de ces derniers sur le territoire. L'inclusion des Métis à l'art. 35 représente l'engagement du Canada à reconnaître et à valoriser les cultures métisses distinctives, cultures qui se sont développées dans des régions n'étant pas encore ouvertes à la colonisation et qui, comme l'ont reconnu les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne peuvent survivre que si les Métis bénéficient de la même protection que les autres communautés autochtones.

With this in mind, we proceed to the issue of the correct test to determine the entitlements of the Métis under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The appropriate test must then be applied to the findings of fact of the trial judge. We accept *Van der Peet* as the template for this discussion. However, we modify the pre-contact focus of the *Van der Peet* test when the claimants are Métis to account for the important differences between Indian and Métis claims. Section 35 requires that we recognize and protect those customs and traditions that were historically important features of Métis communities prior to the time of effective European control, and that persist in the present day. This modification is required to account for the unique post-contact emergence of Métis communities, and the post-contact foundation of their aboriginal rights.

(1) Characterization of the Right

The first step is to characterize the right being claimed: *Van der Peet, supra*, at para. 76. Aboriginal hunting rights, including Métis rights, are contextual and site-specific. The respondents shot a bull moose near Old Goulais Bay Road, in the environs of Sault Ste. Marie, within the traditional hunting grounds of that Métis community. They made a point of documenting that the moose was intended to provide meat for the winter. The trial judge determined that they were hunting for food, and there is no reason to overturn this finding. The right being claimed can therefore be characterized as the right to hunt for food in the environs of Sault Ste. Marie.

We agree with the trial judge that the periodic scarcity of moose does not in itself undermine the respondents' claim. The relevant right is not to hunt moose but to hunt for food in the designated territory.

À la lumière de ces considérations, dégageons maintenant le critère approprié pour déterminer les droits dont jouissent les Métis en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce critère sera ensuite appliqué aux conclusions de fait du juge du procès. Nous retenons le critère établi dans l'arrêt *Van der Peet* comme base de départ de cette analyse, mais, s'agissant d'une revendication métisse, nous écartons l'accent mis sur l'antériorité au contact avec les Européens, de manière à pouvoir tenir compte des différences importantes qui existent entre les revendications des Indiens et celles des Métis. L'article 35 commande que nous reconnaissons et protégeons les coutumes et traditions qui, historiquement, constituaient des caractéristiques importantes des communautés métisses avant le moment de la mainmise effective des Européens sur le territoire, et qui le sont toujours aujourd'hui. Cette modification s'impose pour tenir compte du fait que les communautés métisses ont vu le jour après le contact avec les Européens et que leurs droits ancestraux ont un fondement postérieur à ce contact.

(1) Qualification du droit

La première étape consiste à qualifier le droit revendiqué : *Van der Peet*, précité, par. 76. Les droits de chasse des Autochtones, y compris ceux des Métis, sont contextuels et se rattachent à un lieu en particulier. Les intimés ont abattu un original mâle près du chemin Old Goulais Bay, dans les environs de Sault Ste. Marie, dans les territoires de chasse traditionnels de cette communauté métisse. Ils ont pris soin d'établir un document indiquant qu'ils avaient abattu l'animal pour se faire des provisions de viande pour l'hiver. Le juge du procès a conclu qu'ils avaient chassé pour se nourrir, et il n'y a aucune raison d'infirmer cette conclusion. Le droit revendiqué peut donc être qualifié de droit de chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie.

Nous souscrivons à l'opinion du juge du procès selon laquelle la rareté périodique de l'original ne compromet pas en soi la revendication des intimés. Le droit en cause n'est pas le droit de chasser l'original, mais celui de chasser pour se nourrir dans le territoire désigné.

(2) Identification of the Historic Rights-Bearing Community

21

The trial judge found that a distinctive Métis community emerged in the Upper Great Lakes region in the mid-17th century, and peaked around 1850. We find no reviewable error in the trial judge's findings on this matter, which were confirmed by the Court of Appeal. The record indicates the following: In the mid-17th century, the Jesuits established a mission at Sainte-Marie-du-Sault, in an area characterized by heavy competition among fur traders. In 1750, the French established a fixed trading post on the south bank of the Saint Mary's River. The Sault Ste. Marie post attracted settlement by Métis — the children of unions between European traders and Indian women, and their descendants (A. J. Ray, "An Economic History of the Robinson Treaties Area Before 1860" (1998) ("Ray Report"), at p. 17). According to Dr. Ray, by the early 19th century, "[t]he settlement at Sault Ste. Marie was one of the oldest and most important [Métis settlements] in the upper lakes area" (Ray Report, at p. 47). The Hudson Bay Company operated the Sault Ste. Marie's post primarily as a depot from 1821 onwards (Ray Report, at p. 51). Although Dr. Ray characterized the Company's records for this post as "scanty" (Ray Report, at p. 51), he was able to piece together a portrait of the community from existing records, including the 1824-25 and 1827-28 post journals of HBC Chief Factor Bethune, and the 1846 report of a government surveyor, Alexander Vidal (Ray Report, at pp. 52-53).

22

Dr. Ray's report indicates that the individuals named in the post journals "were overwhelmingly Métis", and that Vidal's report "provide[s] a crude indication of the rate of growth of the community and highlights the continuing dominance of Métis in it" (Ray Report, at p. 53). Dr. Victor P. Lytwyn characterized the Vidal report and accompanying map as "clear evidence of a distinct and cohesive Métis community at Sault Ste. Marie" (V. P. Lytwyn,

(2) Identification de la communauté historique titulaire des droits

Le juge du procès a conclu qu'une communauté métisse distincte avait vu le jour dans le secteur supérieur des Grands Lacs au milieu du 17^e siècle et avait atteint son point culminant vers 1850. Ses constatations sur ce point — qui ont été confirmées par la Cour d'appel — ne comportent à notre avis aucune erreur donnant ouverture à révision. Le dossier renferme les données suivantes. Au milieu du 17^e siècle, les Jésuites ont établi une mission à Sainte-Marie-du-Sault, dans une région où la traite des fourrures donnait lieu à une vive concurrence entre les commerçants. En 1750, les Français ont établi, sur la rive sud de la rivière Sainte-Marie, un poste de traite permanent où se sont établis des Métis — les enfants d'unions entre marchands européens et femmes indiennes, et leurs descendants (A. J. Ray, « An Economic History of the Robinson Treaties Area Before 1860 » (1998) (« rapport Ray »), p. 17). Au début du 19^e siècle, selon M. Ray, [TRADUCTION] « Sault Ste. Marie était l'un des plus anciens et des plus importants [établissements métis] dans le secteur supérieur des Grands Lacs » (rapport Ray, p. 47). À compter de 1821, le poste de Sault Ste. Marie a essentiellement servi d'entrepôt à la Compagnie de la Baie d'Hudson (rapport Ray, p. 51). Bien qu'il ait qualifié de [TRADUCTION] « sommaires » les registres tenus par la compagnie relativement à ce poste (rapport Ray, p. 51), M. Ray a néanmoins été en mesure de broser un tableau de la communauté à partir des documents existants, y compris le journal du commandant Bethune de la Compagnie de la Baie d'Hudson pour les années 1824-1825 et 1827-1828, et le rapport préparé en 1846 par Alexander Vidal, un arpenteur-géomètre du gouvernement (rapport Ray, p. 52-53).

Dans son rapport, M. Ray indique que les personnes nommées dans le journal du poste de traite [TRADUCTION] « étaient très majoritairement métisses », et il affirme que le rapport Vidal « brosse un tableau sommaire du taux de croissance de la collectivité et fait ressortir le maintien de la prédominance métisse » (rapport Ray, p. 53). M. Victor P. Lytwyn a dit du rapport Vidal et de la carte l'accompagnant [TRADUCTION] « qu'ils

“Historical Report on the Métis Community at Sault Ste. Marie” (1998) (“Lytwyn Report”), at p. 2) while Dr. Ray elaborated: “By the time of Vidal’s visit to the Sault Ste. Marie area, the people of mixed ancestry living there had developed a distinctive sense of identity and Indians and Whites recognized them as being a separate people” (Ray Report, at p. 56).

In addition to demographic evidence, proof of shared customs, traditions, and a collective identity is required to demonstrate the existence of a Métis community that can support a claim to site-specific aboriginal rights. We recognize that different groups of Métis have often lacked political structures and have experienced shifts in their members’ self-identification. However, the existence of an identifiable Métis community must be demonstrated with some degree of continuity and stability in order to support a site-specific aboriginal rights claim. Here, we find no basis for overturning the trial judge’s finding of a historic Métis community at Sault Ste. Marie. This finding is supported by the record and must be upheld.

(3) Identification of the Contemporary Rights-Bearing Community

Aboriginal rights are communal rights: They must be grounded in the existence of a historic and present community, and they may only be exercised by virtue of an individual’s ancestrally based membership in the present community. The trial judge found that a Métis community has persisted in and around Sault Ste. Marie despite its decrease in visibility after the signing of the Robinson-Huron Treaty in 1850. While we take note of the trial judge’s determination that the Sault Ste. Marie Métis community was to a large extent an “invisible entity” ([1999] 1 C.N.L.R. 153, at para. 80) from the

établissaient clairement l’existence d’une communauté métisse distincte et homogène à Sault Ste. Marie » (V. P. Lytwyn, « Historical Report on the Métis Community at Sault Ste. Marie » (1998) (« rapport Lytwyn »), p. 2). M. Ray a ajouté ceci : [TRADUCTION] « Lorsque Vidal s’est rendu dans la région de Sault Ste. Marie, les gens d’ascendance mixte qui y vivaient avaient développé un sentiment identitaire distinctif, et tant les Indiens que les Blancs les considéraient comme un peuple distinct » (rapport Ray, p. 56).

Pour établir l’existence d’une communauté métisse susceptible d’appuyer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut non seulement apporter des données démographiques pertinentes, mais aussi faire la preuve que le groupe concerné partage des coutumes, des traditions et une identité collective. Nous reconnaissons que, souvent, des groupes de Métis sont sans structures politiques et que leurs membres ne s’identifient pas constamment comme Métis. Toutefois, pour étayer la revendication de droits ancestraux se rattachant à un lieu précis, il faut établir l’existence d’une communauté métisse identifiable, caractérisée par un certain degré de continuité et de stabilité. En l’espèce, nous ne voyons aucune raison d’infirmier la conclusion du juge du procès selon laquelle il existe une communauté métisse historique à Sault Ste. Marie. Cette conclusion est étayée par le dossier et doit être confirmée.

(3) Établissement de l’existence d’une communauté contemporaine titulaire des droits revendiqués

Les droits ancestraux sont des droits collectifs : ils doivent être fondés sur l’existence d’une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales. Le juge du procès a conclu qu’une communauté métisse continue d’exister à Sault Ste. Marie et dans les environs de cette ville, même si elle est devenue moins visible après la signature du Traité Robinson-Huron en 1850. Bien que nous prenions note de la conclusion du juge du procès selon laquelle, du milieu du 19^e siècle

23

24

mid-19th century to the 1970s, we do not take this to mean that the community ceased to exist or disappeared entirely.

- 25 Dr. Lytwyn describes the continued existence of a Métis community in and around Sault Ste. Marie despite the displacement of many of the community's members in the aftermath of the 1850 treaties:

[T]he Métis continued to live in the Sault Ste. Marie region. Some drifted into the Indian Reserves which had been set apart by the 1850 Treaty. Others lived in areas outside of the town, or in back concessions. The Métis continued to live in much the same manner as they had in the past — fishing, hunting, trapping and harvesting other resources for their livelihood.

(Lytwyn Report, at p. 31 (emphasis added); see also J. Morrison, "The Robinson Treaties of 1850: A Case Study", at p. 201.)

- 26 The advent of European control over this area thus interfered with, but did not eliminate, the Sault Ste. Marie Métis community and its traditional practices, as evidenced by census data from the 1860s through the 1890s. Dr. Lytwyn concluded from this census data that "[a]lthough the Métis lost much of their traditional land base at Sault Ste. Marie, they continued to live in the region and gain their livelihood from the resources of the land and waters" (Lytwyn Report, at p. 32). He also noted a tendency for underreporting and lack of information about the Métis during this period because of their "removal to the peripheries of the town", and "their own disinclination to be identified as Métis" in the wake of the Riel rebellions and the turning of Ontario public opinion against Métis rights through government actions and the media (Lytwyn Report, at p. 33).

- 27 We conclude that the evidence supports the trial judge's finding that the community's lack of visibility

jusqu'aux années 1970, la communauté métisse de Sault Ste. Marie était dans une large mesure devenue une [TRADUCTION] « entité invisible » ([1999] 1 C.N.L.R. 153, par. 80), nous ne considérons pas que cela signifie qu'elle a cessé d'exister ou qu'elle a totalement disparu durant cette période.

M. Lytwyn a fait état du maintien d'une communauté métisse à Sault Ste. Marie et dans les environs de cette ville, malgré le départ de nombreux membres de la communauté à la suite des traités de 1850 :

[TRADUCTION] [L]es Métis ont continué d'habiter la région de Sault Ste. Marie. Certains se sont retrouvés dans les réserves indiennes établies en vertu du traité de 1850. D'autres ont vécu en périphérie ou dans des concessions de l'arrière-pays. Les Métis ont continué de vivre à peu près comme avant — s'adonnant à la pêche, à la chasse, au piégeage et à la récolte d'autres ressources pour assurer leur subsistance.

(Rapport Lytwyn, p. 31 (nous soulignons); voir également J. Morrison, « The Robinson Treaties of 1850 : A Case Study », p. 201.)

La mainmise des Européens sur la région a donc eu une incidence sur la communauté métisse de Sault Ste. Marie et sur ses pratiques traditionnelles, sans toutefois faire disparaître cette communauté, comme en témoignent les données des recensements effectués de 1860 à 1890. M. Lytwyn a conclu de ces données que, [TRADUCTION] « bien qu'ayant perdu une grande partie de leur assise territoriale traditionnelle à Sault Ste. Marie, les Métis sont demeurés dans la région et ont assuré leur subsistance grâce aux produits de la terre et des eaux » (rapport Lytwyn, p. 32). Il a également relevé une tendance à sous-estimer le nombre de Métis et un manque d'information à leur sujet, phénomènes imputables au fait que les Métis avaient été [TRADUCTION] « refoulés à la périphérie de la ville » et « se montraient peu enclins à s'identifier comme Métis » à cause des rébellions de Riel et du fait que, en raison des mesures gouvernementales et des reportages des médias, l'opinion publique ontarienne était devenue hostile à la reconnaissance de leurs droits (rapport Lytwyn, p. 33).

Nous concluons que la preuve appuie la constatation du juge du procès selon laquelle l'absence

was explained and does not negate the existence of the contemporary community. There was never a lapse; the Métis community went underground, so to speak, but it continued. Moreover, as indicated below, the “continuity” requirement puts the focus on the continuing practices of members of the community, rather than more generally on the community itself, as indicated below.

The trial judge’s finding of a contemporary Métis community in and around Sault Ste. Marie is supported by the evidence and must be upheld.

(4) Verification of the Claimant’s Membership in the Relevant Contemporary Community

While determining membership in the Métis community might not be as simple as verifying membership in, for example, an Indian band, this does not detract from the status of Métis people as full-fledged rights-bearers. As Métis communities continue to organize themselves more formally and to assert their constitutional rights, it is imperative that membership requirements become more standardized so that legitimate rights-holders can be identified. In the meantime, courts faced with Métis claims will have to ascertain Métis identity on a case-by-case basis. The inquiry must take into account both the value of community self-definition, and the need for the process of identification to be objectively verifiable. In addition, the criteria for Métis identity under s. 35 must reflect the purpose of this constitutional guarantee: to recognize and affirm the rights of the Métis held by virtue of their direct relationship to this country’s original inhabitants and by virtue of the continuity between their customs and traditions and those of their Métis predecessors. This is not an insurmountable task.

We emphasize that we have not been asked, and we do not purport, to set down a comprehensive definition of who is Métis for the purpose of asserting a claim under s. 35. We therefore limit

de visibilité de la communauté a été expliquée et ne fait pas obstacle à l’existence de la communauté actuelle. Il n’y a jamais eu de rupture dans la continuité; la communauté métisse s’est, si l’on peut dire, faite discrète, mais elle a néanmoins continué d’exister. Qui plus est, comme on l’indique plus loin, la condition de « continuité » s’attache au maintien des pratiques des membres de la communauté, plutôt qu’à la communauté elle-même de façon plus générale.

La conclusion du juge du procès suivant laquelle il existe une communauté métisse aujourd’hui à Sault Ste. Marie et aux environs de cette ville est étayée par la preuve et doit être confirmée.

(4) Vérification de l’appartenance du demandeur à la communauté actuelle concernée

Déterminer l’appartenance à la communauté métisse n’est peut-être pas aussi simple que vérifier, par exemple, l’appartenance à une bande indienne, mais les Métis n’en demeurent pas moins des titulaires de droits à part entière. Étant donné que les communautés métisses continuent de s’organiser plus formellement et de revendiquer leurs droits constitutionnels, il est essentiel que les conditions d’appartenance aux communautés deviennent plus uniformes, de façon à permettre l’identification des titulaires de droits. Dans l’intervalle, les tribunaux saisis de revendications émanant de Métis devront statuer au cas par cas sur la question de l’identité. L’examen doit tenir compte à la fois de la manière dont la communauté se définit et de la nécessité que l’identité puisse se vérifier objectivement. De plus, les critères de détermination de l’identité métisse pour l’application de l’art. 35 doivent refléter l’objet de la garantie constitutionnelle prévue par cette disposition : reconnaître et confirmer les droits que détiennent les Métis du fait qu’ils sont des descendants directs des premiers habitants du pays et du fait de la continuité entre leurs coutumes et traditions et celles de leurs ancêtres métis. Il ne s’agit pas d’une tâche insurmountable.

Nous tenons à souligner qu’on ne nous a pas demandé — et que nous n’avons pas l’intention d’établir — une définition exhaustive de l’identité métisse aux fins de présentation des revendications

28

29

30

ourselves to indicating the important components of a future definition, while affirming that the creation of appropriate membership tests before disputes arise is an urgent priority. As a general matter, we would endorse the guidelines proposed by Vaillancourt Prov. J. and O'Neill J. in the courts below. In particular, we would look to three broad factors as indicia of Métis identity for the purpose of claiming Métis rights under s. 35: self-identification, ancestral connection, and community acceptance.

31 First, the claimant must self-identify as a member of a Métis community. This self-identification should not be of recent vintage: While an individual's self-identification need not be static or monolithic, claims that are made belatedly in order to benefit from a s. 35 right will not satisfy the self-identification requirement.

32 Second, the claimant must present evidence of an ancestral connection to a historic Métis community. This objective requirement ensures that beneficiaries of s. 35 rights have a real link to the historic community whose practices ground the right being claimed. We would not require a minimum "blood quantum", but we would require some proof that the claimant's ancestors belonged to the historic Métis community by birth, adoption, or other means. Like the trial judge, we would abstain from further defining this requirement in the absence of more extensive argument by the parties in a case where this issue is determinative. In this case, the Powleys' Métis ancestry is not disputed.

33 Third, the claimant must demonstrate that he or she is accepted by the modern community whose continuity with the historic community provides the legal foundation for the right being claimed. Membership in a Métis political organization may be relevant to the question of community acceptance, but it is not sufficient in the absence of a

fondées sur l'art. 35. Nous allons en conséquence nous contenter d'indiquer les éléments importants d'une future définition, mais nous affirmons néanmoins qu'il est urgent d'établir des critères d'appartenance appropriés avant que ne surviennent des différends. De façon générale, nous sommes enclins à faire nôtre la démarche proposée par les juges Vaillancourt et O'Neill des juridictions inférieures. Plus particulièrement, nous retenons les trois facteurs principaux suivants comme indices tendant à établir l'identité métisse dans le cadre d'une revendication fondée sur l'art. 35 : auto-identification, liens ancestraux et acceptation par la communauté.

Premièrement, le demandeur doit s'identifier comme membre de la communauté métisse. Cette auto-identification ne doit pas être récente : en effet, bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'auto-identification soit constante ou monolithique, les revendications présentées tardivement, dans le but de tirer avantage d'un droit visé à l'art. 35, ne seront pas considérées conformes à la condition relative à l'auto-identification.

Deuxièmement, le demandeur doit faire la preuve de l'existence de liens ancestraux avec une communauté métisse historique. Cette exigence objective garantit que les bénéficiaires des droits protégés par l'art. 35 possèdent un lien réel avec la communauté historique dont les pratiques fondent le droit revendiqué. Nous n'exigerions pas la preuve de « liens du sang » minimums, mais plutôt la preuve que les ancêtres du demandeur appartenaient, par naissance, adoption ou autrement, à la communauté métisse historique. À l'instar du juge du procès, nous nous abstenons de préciser davantage cette condition en l'absence de l'argumentation élaborée que présenteraient les parties dans une affaire où cette question serait déterminante. En l'espèce, les origines métisses des Powley ne sont pas contestées.

Troisièmement, le demandeur doit prouver qu'il est accepté par la communauté actuelle dont la continuité avec la communauté historique constitue le fondement juridique du droit revendiqué. L'appartenance à une organisation politique métisse peut se révéler pertinente à cet égard, mais elle ne suffit pas en l'absence de données contextuelles sur

contextual understanding of the membership requirements of the organization and its role in the Métis community. The core of community acceptance is past and ongoing participation in a shared culture, in the customs and traditions that constitute a Métis community's identity and distinguish it from other groups. This is what the community membership criterion is all about. Other indicia of community acceptance might include evidence of participation in community activities and testimony from other members about the claimant's connection to the community and its culture. The range of acceptable forms of evidence does not attenuate the need for an objective demonstration of a solid bond of past and present mutual identification and recognition of common belonging between the claimant and other members of the rights-bearing community.

It is important to remember that, no matter how a contemporary community defines membership, only those members with a demonstrable ancestral connection to the historic community can claim a s. 35 right. Verifying membership is crucial, since individuals are only entitled to exercise Métis aboriginal rights by virtue of their ancestral connection to and current membership in a Métis community.

In this case, there is no reason to overturn the trial judge's finding that the Powleys are members of the Métis community that arose and still exists in and around Sault Ste. Marie. We agree with the Court of Appeal that, in the circumstances of this case, the fact that the Powleys' ancestors lived on an Indian reserve for a period of time does not negate the Powleys' Métis identity. As the Court of Appeal indicated, "E.B. Borron, commissioned in 1891 by the province to report on annuity payments to the Métis, was of the view that Métis who had taken treaty benefits remained Métis and he recommended that they be removed from the treaty annuity lists" ((2001), 53 O.R. (3d) 35, at para. 139, *per* Sharpe J.A.). We emphasize that the individual decision by a Métis person's ancestors to take treaty

les conditions d'adhésion à l'entité et sur le rôle que joue cette dernière au sein de la communauté métisse. L'élément central du critère de l'acceptation par la communauté est la participation, passée et présente, à une culture commune, à des coutumes et traditions qui constituent l'identité de la communauté métisse et qui la distinguent d'autres groupes. Voilà en quoi consiste le critère de l'appartenance à la communauté. La participation aux activités de la communauté et le témoignage d'autres membres sur les liens du demandeur avec la communauté et sa culture peuvent également s'avérer des indices de l'acceptation par la communauté. La diversité des formes de preuve acceptables ne réduit pas le besoin de démontrer objectivement l'existence, entre le demandeur et d'autres membres de la communauté titulaire des droits, d'un lien solide formé d'une identification mutuelle présente et passée et d'un sentiment commun d'appartenance.

Il importe de se rappeler que, indépendamment des critères d'appartenance établis par la communauté contemporaine, seuls les membres possédant des liens ancestraux démontrables avec la communauté historique peuvent revendiquer un droit protégé par l'art. 35. Il est donc crucial de vérifier l'appartenance à la communauté, puisqu'un individu n'est admis à exercer des droits ancestraux métis que sur le fondement de ses liens ancestraux avec une communauté métisse et que s'il appartient à cette dernière.

Il n'y a aucune raison, en l'espèce, d'infirmer la conclusion du juge du procès selon laquelle les Powley sont membres de la communauté métisse qui a vu le jour à Sault Ste. Marie et dans les environs de cette ville et qui y existe encore. Tout comme la Cour d'appel, nous estimons que, eu égard aux circonstances de la présente affaire, le fait que les ancêtres des Powley ont vécu dans une réserve indienne pendant un certain temps n'enlève pas à ces derniers leur identité métisse. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, [TRADUCTION] « E.B. Borron, qui a été mandaté par la province en 1891 pour préparer un rapport sur les rentes versées aux Métis, était d'avis que les Métis qui avaient reçu des avantages prévus par traité demeuraient des Métis et il a recommandé qu'on retire leurs noms des listes des bénéficiaires

34

35

benefits does not necessarily extinguish that person's claim to Métis rights. It will depend, in part, on whether there was a collective adhesion by the Métis community to the treaty. Based on the record, it was open to the trial judge to conclude that the rights of the Powleys' ancestors did not merge into those of the Indian band.

(5) Identification of the Relevant Time Frame

36

As indicated above, the pre-contact aspect of the *Van der Peet* test requires adjustment in order to take account of the post-contact ethnogenesis of the Métis and the purpose of s. 35 in protecting the historically important customs and traditions of these distinctive peoples. While the fact of prior occupation grounds aboriginal rights claims for the Inuit and the Indians, the recognition of Métis rights in s. 35 is not reducible to the Métis' Indian ancestry. The unique status of the Métis as an Aboriginal people with post-contact origins requires an adaptation of the pre-contact approach to meet the distinctive historical circumstances surrounding the evolution of Métis communities.

37

The pre-contact test in *Van der Peet* is based on the constitutional affirmation that aboriginal communities are entitled to continue those practices, customs and traditions that are integral to their distinctive existence or relationship to the land. By analogy, the test for Métis practices should focus on identifying those practices, customs and traditions that are integral to the Métis community's distinctive existence and relationship to the land. This unique history can most appropriately be accommodated by a post-contact but pre-control test that identifies the time when Europeans effectively established political and

des rentes prévues par traité » ((2001), 53 O.R. (3d) 35, par. 139, le juge Sharpe). Nous soulignons que la décision — de nature individuelle — des ancêtres d'un Métis de se prévaloir des avantages prévus par un traité n'exclut pas nécessairement la faculté de cette personne de revendiquer des droits reconnus aux Métis. La réponse à cette question dépendra en partie de celle de savoir s'il y a eu adhésion collective par la communauté métisse concernée à ce traité. Compte tenu des éléments au dossier, il était loisible au juge du procès de conclure que les droits des ancêtres des Powley ne s'étaient pas fondus à ceux de la bande indienne.

(5) Détermination de la période pertinente

Comme nous l'avons indiqué plus tôt, l'élément d'antériorité au contact avec les Européens prévu par le critère établi dans l'arrêt *Van der Peet* doit être adapté pour tenir compte, d'une part, de l'ethnogénèse des Métis, qui est postérieure au contact, et, d'autre part, de l'objet de l'art. 35, qui consiste à protéger les coutumes et traditions importantes de ces peuples distincts. Bien que l'occupation du territoire, antérieurement au contact avec les Européens, permet de fonder les revendications de droits ancestraux par les Inuits et les Indiens, la reconnaissance des droits des Métis à l'art. 35 ne saurait dépendre uniquement des origines indiennes de ces personnes. La situation particulière des Métis en tant que peuple autochtone ayant des origines postérieures au contact avec les Européens exige l'adaptation du critère de l'antériorité au contact pour tenir compte des circonstances historiques distinctives de l'évolution des communautés métisses.

Le critère de l'antériorité au contact avec les Européens dégagé dans l'arrêt *Van der Peet* s'appuie sur la confirmation, dans la Constitution, que les communautés autochtones ont le droit de maintenir les coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de leur mode de vie distinctif ou de leurs rapports avec le territoire. Par analogie, le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire. Pour tenir compte de l'histoire particulière

legal control in a particular area. The focus should be on the period after a particular Métis community arose and before it came under the effective control of European laws and customs. This pre-control test enables us to identify those practices, customs and traditions that predate the imposition of European laws and customs on the Métis.

We reject the appellant's argument that Métis rights must find their origin in the pre-contact practices of the Métis' aboriginal ancestors. This theory in effect would deny to Métis their full status as distinctive rights-bearing peoples whose own integral practices are entitled to constitutional protection under s. 35(1). The right claimed here was a practice of both the Ojibway and the Métis. However, as long as the practice grounding the right is distinctive and integral to the pre-control Métis community, it will satisfy this prong of the test. This result flows from the constitutional imperative that we recognize and affirm the aboriginal rights of the Métis, who appeared after the time of first contact.

The pre-control test requires us to review the trial judge's findings on the imposition of European control in the Sault Ste. Marie area. Although Europeans were clearly present in the Upper Great Lakes area from the early days of exploration, they actually discouraged settlement of this region. J. Peterson explains:

With the exception of Detroit, Kaskaskia and Cahokia, the French colonial administration established no farming communities in the Great Lakes region. After 1763, only partly in response to the regionwide resistance

des Métis, il convient d'appliquer un critère qui est fondé sur la postériorité au contact et l'antériorité à la mainmise sur le territoire et qui prend en compte le moment où les Européens ont effectivement établi leur domination politique et juridique dans une région donnée. Il faut donc s'attacher à la période qui a suivi la naissance d'une communauté métisse donnée et qui a précédé son assujettissement aux lois et coutumes européennes. Ce critère de l'antériorité à la mainmise effective des Européens sur le territoire permet de reconnaître les coutumes, pratiques et traditions qui sont antérieures à cet assujettissement.

Nous rejetons l'argument de l'appelante selon lequel les droits des Métis doivent tirer leur origine des pratiques de leurs ancêtres autochtones qui sont antérieures au contact avec les Européens. L'application de cette thèse aurait pour effet de nier aux Métis leur pleine qualité de peuples distincts, titulaires de droits et dont les pratiques qui font partie intégrante de leur culture bénéficient de la protection constitutionnelle prévue par le par. 35(1). Le droit revendiqué en l'espèce constituait une pratique tant des Ojibway que des Métis. Toutefois, si elle est distinctive et faisait partie intégrante du mode de vie de la communauté métisse avant la mainmise européenne sur le territoire, la pratique fondant le droit satisfait à ce volet du critère. Ce résultat découle de l'impératif constitutionnel requérant que nous reconnaissons et confirmons les droits ancestraux des Métis, personnes dont les origines sont postérieures au contact initial avec les Européens.

Pour appliquer le critère de l'antériorité à la mainmise européenne sur le territoire, il nous faut examiner les conclusions du juge du procès relativement au moment où les Européens ont imposé leur domination dans la région de Sault Ste. Marie. Bien que clairement présents dans le secteur supérieur des Grands Lacs dès le début de l'exploration du territoire, les Européens décourageaient en fait la colonisation de cette région. J. Peterson donne les explications suivantes :

[TRADUCTION] À l'exception de Detroit, de Kaskaskia et de Cahokia, l'administration coloniale française n'a établi aucune collectivité agricole dans la région des Grands Lacs. Après 1763, partiellement en raison du

38

39

movement known as Pontiac's Rebellion, the British likewise discouraged settlement west of Lake Ontario. Desire to keep the peace and to monopolize the profits of the Great Lakes Indian trade were the overriding considerations favouring this policy. To have simultaneously encouraged an influx of white farmers would have upset both the diplomatic alliance with the native inhabitants inherited from the French and the ratio between humans and animals on the ground, straining the fur-bearing capacities of the region.

(J. Peterson, "Many roads to Red River: Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815", in *The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America* (1985), 37, at p. 40)

This policy changed in the mid-19th century, as British economic needs and plans evolved. The British sent William B. Robinson to negotiate treaties with the Indian tribes in the regions of Lake Huron and Lake Superior. One of his objectives as Treaty Commissioner was to obtain land in order to allow mining, timber and other development, including the development of a town at Sault Ste. Marie (Lytwyn Report, *supra*, at p. 29).

40

The historical record indicates that the Sault Ste. Marie Métis community thrived largely unaffected by European laws and customs until colonial policy shifted from one of discouraging settlement to one of negotiating treaties and encouraging settlement in the mid-19th century. The trial judge found, and the parties agreed in their pleadings before the lower courts, that "effective control [of the Upper Great Lakes area] passed from the Aboriginal peoples of the area (Ojibway and Metis) to European control" in the period between 1815 and 1850 (para. 90). The record fully supports the finding that the period just prior to 1850 is the appropriate date for finding effective control in this geographic area, which the Crown agreed was the critical date in its pleadings below.

mouvement de résistance observé dans l'ensemble de la région et connu sous le nom de la rébellion de Pontiac, les Britanniques ont également découragé la colonisation à l'ouest du lac Ontario. Cette politique reposait principalement sur la volonté de maintenir la paix dans la région et de monopoliser les profits tirés du commerce avec les Indiens des Grands Lacs. Le fait d'encourager simultanément la venue d'agriculteurs blancs aurait compromis l'alliance diplomatique avec les Autochtones héritée des Français et modifié le ratio entre humains et animaux dans ce territoire, grevant ainsi les ressources en gibiers à fourrure de la région.

(J. Peterson, « Many roads to Red River : Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815 », dans *The New Peoples : Being and Becoming Métis in North America* (1985), 37, p. 40)

Cette politique a changé au milieu du 19^e siècle, avec l'évolution des plans et des besoins économiques des Britanniques. Ces derniers ont envoyé William B. Robinson négociateur des traités avec les tribus indiennes des régions du lac Huron et du lac Supérieur. L'un de ses objectifs en tant que commissaire chargé de la négociation de traités était l'obtention de terres pour l'exploitation minière, l'exploitation forestière et d'autres activités de mise en valeur du territoire, y compris l'établissement d'une ville à Sault Ste. Marie (rapport Lytwyn, *op. cit.*, p. 29).

Il ressort de la preuve historique que la communauté métisse de Sault Ste. Marie s'est développée, et ce largement sans être touchée par les lois et coutumes européennes, jusqu'à ce que la politique coloniale décourageant la colonisation soit remplacée au milieu du 19^e siècle par une autre qui favorisait la négociation de traités et encourageait la colonisation. Le juge du procès a tiré la conclusion suivante, qu'ont acceptée les parties dans leurs plaidoiries écrites devant les tribunaux inférieurs : [TRADUCTION] « la maîtrise effective [du secteur supérieur des Grands Lacs] est passée des peuples autochtones de la région (Ojibway et Métis) aux Européens » entre 1815 et 1850 (par. 90). Le dossier permet pleinement de conclure que la période tout juste avant 1850 est le moment de la mainmise effective des Européens sur cette région, moment que la Couronne a reconnu être la date pertinente dans ses plaidoiries écrites devant les juridictions inférieures.

(6) Determination of Whether the Practice is Integral to the Claimants' Distinctive Culture

The practice of subsistence hunting and fishing was a constant in the Métis community, even though the availability of particular species might have waxed and waned. The evidence indicates that subsistence hunting was an important aspect of Métis life and a defining feature of their special relationship to the land (Peterson, *supra*, at p. 41; Lytwyn Report, *supra*, at p. 6). A major part of subsistence was the practice at issue here, hunting for food.

Peterson describes the Great Lakes Métis communities as follows at p. 41:

These people were neither adjunct relative-members of tribal villages nor the standard bearers of European civilization in the wilderness. Increasingly, they stood apart or, more precisely, in between. By the end of the last struggle for empire in 1815, their towns, which were visually, ethnically and culturally distinct from neighbouring Indian villages and "white towns" along the eastern seaboard, stretched from Detroit and Michilimackinac at the east to the Red River at the northwest.

... [R]esidents [of these trading communities] ... drew upon a local subsistence base rather than on European imports ... [S]uch towns grew as a result of and were increasingly dominated by the offspring of Canadian trade employees and Indian women who, having reached their majority, were intermarrying among themselves and rearing successive generations of métis. In both instances, these communities did not represent an extension of French, and later British colonial culture, but were rather "adaptation[s] to the Upper Great Lakes environment." [Emphasis added.]

Dr. Ray emphasized in his report that a key feature of Métis communities was that "their members earned a substantial part of their livelihood off of

(6) La pratique faisait-elle partie intégrante de la culture distinctive du demandeur?

La pratique de la chasse et de la pêche de subsistance était une constante au sein de la communauté métisse, même si certaines des espèces chassées ou pêchées ont pu connaître un déclin. Selon la preuve, la chasse de subsistance était un aspect important de la vie des Métis et une caractéristique déterminante de leurs rapports particuliers avec le territoire (Peterson, *loc. cit.*, p. 41; rapport Lytwyn, *op. cit.*, p. 6). Les Métis tiraient dans une large mesure leur subsistance de la pratique en litige dans la présente affaire, à savoir le fait de chasser pour se nourrir.

Peterson décrit ainsi les communautés métisses des Grands Lacs (à la p. 41) :

[TRADUCTION] Ces gens n'étaient ni des membres par association des tribus indiennes ni des porte-étendards de la civilisation européenne dans les contrées sauvages. De plus en plus, ils se sont distingués des deux autres groupes ou, pour être plus précis, ils se sont taillés une place entre les deux. Une fois les dernières luttes pour l'empire terminées en 1815, leurs villes, qui se distinguaient visuellement, ethniquement et culturellement des villages indiens avoisinants et des « villes blanches » situées le long du littoral est, s'étendaient de Detroit et Michilimackinac à l'est jusqu'à la rivière Rouge au nord-ouest.

... [L]es résidents [de ces communautés commerciales] [...] basaient leur subsistance sur l'exploitation des ressources locales plutôt que sur l'importation de produits européens [...] Ces villes se sont développées sous l'impulsion des descendants de commerçants canadiens et de femmes indiennes, qui y occupaient une place de plus en plus dominante. Une fois majeurs, ces descendants se sont mariés entre eux et ont donné naissance à des générations successives de Métis. Dans les deux cas, ces communautés n'étaient pas le prolongement de la culture coloniale d'abord française, ensuite britannique, mais résultaient plutôt d'« adaptation[s] à l'environnement du secteur supérieur des Grands Lacs ». [Nous soulignons.]

Dans son rapport, M. Ray a signalé qu'une caractéristique fondamentale des communautés métisses était que [TRADUCTION] « leurs membres

41

42

43

the land” (Ray Report, *supra*, at p. 56 (emphasis deleted)). Dr. Lytwyn concurred: “The Métis of Sault Ste. Marie lived off the resources of the land. They obtained their livelihood from hunting, fishing, gathering and cultivating” (Lytwyn Report, at p. 2). He reported that “[w]hile Métis fishing was prominent in the written accounts, hunting was also an important part of their livelihood”, and that “[a] traditional winter hunting area for the Sault Métis was the Goulais Bay area” (Lytwyn Report, at pp. 4-5). He elaborated at p. 6:

In the mid-19th century, the Métis way of life incorporated many resource harvesting activities. These activities, especially hunting and trapping, were done within traditional territories located within the hinterland of Sault Ste. Marie. The Métis engaged in these activities for generations and, on the eve of the 1850 treaties, hunting, fishing, trapping and gathering were integral activities to the Métis community at Sault Ste. Marie.

44 This evidence supports the trial judge’s finding that hunting for food was integral to the Métis way of life at Sault Ste. Marie in the period just prior to 1850.

(7) Establishment of Continuity Between the Historic Practice and the Contemporary Right Asserted

45 Although s. 35 protects “existing” rights, it is more than a mere codification of the common law. Section 35 reflects a new promise: a constitutional commitment to protecting practices that were historically important features of particular aboriginal communities. A certain margin of flexibility might be required to ensure that aboriginal practices can evolve and develop over time, but it is not necessary to define or to rely on that margin in this case. Hunting for food was an important feature of the Sault Ste. Marie Métis community, and the practice has been continuous to the present. Steve and Roddy Powley claim a Métis aboriginal right to hunt for food. The right claimed by the Powleys

tiraient pour une large part leur subsistance de l’exploitation des ressources du territoire » (rapport Ray, *op. cit.*, p. 56 (soulignement supprimé)). M. Lytwyn a exprimé la même opinion : [TRADUCTION] « Les Métis de Sault Ste. Marie vivaient des ressources du territoire. Ils tiraient leur subsistance de la chasse, de la pêche, de la cueillette et de l’agriculture » (rapport Lytwyn, p. 2). Ce dernier a ajouté que : [TRADUCTION] « [b]ien que la pêche occupe une place prédominante dans les récits écrits, les Métis assuraient une part importante de leur subsistance au moyen de la chasse » et « [l]a région de Goulais Bay était un lieu traditionnel de chasse hivernale pour les Métis de Sault Ste. Marie » (rapport Lytwyn, p. 4-5). Il a en outre donné les précisions suivantes (à la p. 6) :

[TRADUCTION] Au milieu du 19^e siècle, le mode de vie métis comportait de nombreuses activités d’exploitation des ressources. Ces activités, particulièrement la chasse et le piégeage, étaient exercées dans les territoires traditionnels de l’arrière-pays de Sault Ste. Marie. Les Métis se livraient à ces activités depuis des générations et, à la veille des traités de 1850, la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette faisaient partie intégrante du mode de vie de la communauté métisse de Sault Ste. Marie.

Ces éléments de preuve appuient la conclusion du juge du procès selon laquelle la pratique de la chasse pour se nourrir faisait partie intégrante du mode de vie des Métis de Sault Ste. Marie juste avant 1850.

(7) Établissement de la continuité entre la pratique historique et le droit contemporain revendiqué

Bien que l’art. 35 protège les droits « existants », il ne constitue pas une simple codification de la common law. Cette disposition exprime une nouvelle promesse : en l’occurrence un engagement constitutionnel à protéger les pratiques qui, historiquement, étaient des caractéristiques importantes du mode de vie des communautés autochtones concernées. Une certaine marge de manœuvre pourrait être requise pour permettre aux pratiques autochtones d’évoluer et de se développer avec le temps, mais il n’est pas nécessaire de définir cette marge de manœuvre en l’espèce, ou d’y recourir. La pratique de la chasse pour se nourrir était une caractéristique importante de la communauté métisse de Sault Ste.

falls squarely within the bounds of the historical practice grounding the right.

(8) Determination of Whether or Not the Right Was Extinguished

The doctrine of extinguishment applies equally to Métis and to First Nations claims. There is no evidence of extinguishment here, as determined by the trial judge. The Crown's argument for extinguishment is based largely on the Robinson-Huron Treaty of 1850, from which the Métis as a group were explicitly excluded.

(9) If There Is a Right, Determination of Whether There Is an Infringement

Ontario currently does not recognize any Métis right to hunt for food, or any "special access rights to natural resources" for the Métis whatsoever (appellant's record, at p. 1029). This lack of recognition, and the consequent application of the challenged provisions to the Powleys, infringe their aboriginal right to hunt for food as a continuation of the protected historical practices of the Sault Ste. Marie Métis community.

(10) Determination of Whether the Infringement Is Justified

The main justification advanced by the appellant is that of conservation. Although conservation is clearly a very important concern, we agree with the trial judge that the record here does not support this justification. If the moose population in this part of Ontario were under threat, and there was no evidence that it is, the Métis would still be entitled to a priority allocation to satisfy their subsistence needs in accordance with the criteria set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. While preventative measures might be required for conservation purposes in the future, we have not been presented with evidence to support such measures here. The Ontario authorities can make out a case for

Marie et elle n'a pas cessé de l'être. Steve et Roddy Powley revendiquent le droit ancestral des Métis de chasser pour se nourrir. Le droit invoqué respecte parfaitement les limites de la pratique historique qui fonde le droit.

(8) Y a-t-il eu ou non extinction du droit revendiqué?

La doctrine de l'extinction des droits s'applique tout autant aux revendications des Métis qu'à celles des Premières Nations. Comme a conclu le juge du procès, il n'y a aucune preuve d'extinction en l'espèce. L'argument de la Couronne selon lequel il y aurait eu extinction se fonde en grande partie sur le Traité Robinson-Huron de 1850, dont les Métis, en tant que groupe, ont été explicitement exclus.

(9) Si le droit revendiqué existe, y a-t-on porté atteinte?

À l'heure actuelle, l'Ontario ne reconnaît pas aux Métis le droit de chasser pour se nourrir ni quelque autre [TRADUCTION] « droit spécial aux ressources naturelles » (dossier de l'appelante, p. 1029). Cette absence de reconnaissance et l'application aux Powley des dispositions réglementaires contestées portent atteinte au droit ancestral de ces personnes de chasser pour se nourrir, droit qui découle des pratiques historiques protégées de la communauté métisse de Sault Ste. Marie.

(10) L'atteinte est-elle justifiée?

La conservation de la faune est la principale justification avancée par l'appelante. Quoiqu'il s'agisse d'une considération très importante, à l'instar du juge du procès, nous estimons que le dossier n'étaye pas cette justification en l'espèce. Si la population d'originaux dans cette région de l'Ontario était menacée — ce qui n'a pas été établi —, les Métis disposeraient néanmoins d'un droit de chasse prioritaire pour assurer leur subsistance conformément aux critères établis dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Bien que des mesures préventives puissent s'imposer dans le futur aux fins de conservation de l'espèce, on ne nous a pas présenté d'éléments de preuve justifiant de telles mesures

46

47

48

regulation of the aboriginal right to hunt moose for food if and when the need arises. On the available evidence and given the current licensing system, Ontario's blanket denial of any Métis right to hunt for food cannot be justified.

49 The appellant advances a subsidiary argument for justification based on the alleged difficulty of identifying who is Métis. As discussed, the Métis identity of a particular claimant should be determined on proof of self-identification, ancestral connection, and community acceptance. The development of a more systematic method of identifying Métis rights-holders for the purpose of enforcing hunting regulations is an urgent priority. That said, the difficulty of identifying members of the Métis community must not be exaggerated as a basis for defeating their rights under the Constitution of Canada.

50 While our finding of a Métis right to hunt for food is not species-specific, the evidence on justification related primarily to the Ontario moose population. The justification of other hunting regulations will require adducing evidence relating to the particular species affected. In the immediate future, the hunting rights of the Métis should track those of the Ojibway in terms of restrictions for conservation purposes and priority allocations where threatened species may be involved. In the longer term, a combination of negotiation and judicial settlement will more clearly define the contours of the Métis right to hunt, a right that we recognize as part of the special aboriginal relationship to the land.

B. *The Request for a Stay*

51 With respect to the cross-appeal, we affirm that the Court of Appeal had jurisdiction to issue a stay of its decision in these circumstances. This power should continue to be used only in exceptional

dans la présente affaire. Les autorités ontariennes pourront au besoin faire valoir la nécessité de régler le droit ancestral de chasser l'original pour se nourrir. Compte tenu de la preuve au dossier et du système actuel de délivrance de permis de chasse, le refus général de l'Ontario d'accorder aux Métis quelque droit que ce soit de chasser pour se nourrir ne peut être justifié.

Pour justifier l'atteinte, l'appelante fait valoir un autre argument, à savoir qu'il serait difficile d'identifier les Métis. Comme il a été expliqué plus tôt, l'identité métisse d'un demandeur doit être déterminée à partir d'une preuve fondée sur l'auto-identification comme Métis, l'existence de liens ancestraux et l'acceptation de l'intéressé par la communauté. Il est urgent que soit établie, aux fins d'application des règlements sur la chasse, une méthode d'identification plus systématique des titulaires de droits métis. Cela dit, il ne faut pas exagérer la difficulté d'identifier les membres de la communauté métisse pour justifier de leur refuser les droits que leur garantit la Constitution du Canada.

Bien que notre conclusion selon laquelle le droit des Métis de chasser pour se nourrir ne vise pas une espèce en particulier, la preuve avancée pour justifier l'atteinte se rapporte essentiellement à la population d'originaux en Ontario. La justification des règlements relatifs à la chasse d'autres espèces exigera des éléments de preuve se rapportant à ces autres espèces. Dans l'immédiat, les droits de chasse des Métis devraient correspondre à ceux des Ojibway pour ce qui est des restrictions applicables aux fins de conservation et d'exploitation prioritaire lorsque des espèces menacées sont en cause. À long terme, la tenue de négociations ainsi que des décisions judiciaires qui seront rendues sur la question permettront de délimiter plus clairement le droit de chasser des Métis, que nous reconnaissons comme un élément des rapports particuliers qu'entretiennent les Autochtones avec le territoire.

B. *La demande de sursis d'exécution*

En ce qui concerne le pourvoi incident, nous estimons que la Cour d'appel avait compétence pour surseoir à la prise d'effet de sa décision dans les circonstances. Ce pouvoir doit être exercé

situations in which a court of general jurisdiction deems that giving immediate effect to an order will undermine the very purpose of that order or otherwise threaten the rule of law: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721. We note that the Powleys' acquittal would have remained valid notwithstanding the stay. It was, however, within the Court of Appeal's discretion to suspend the application of its ruling to other members of the Métis community in order to foster cooperative solutions and ensure that the resource in question was not depleted in the interim, thereby negating the value of the right.

The initial stay expired on February 23, 2002, and more than a year has passed since that time. The Court of Appeal's decision has been the law of Ontario in the interim, and chaos does not appear to have ensued. We see no compelling reason to issue an additional stay. We also note that it is particularly important to have a clear justification for a stay where the effect of that stay would be to suspend the recognition of a right that provides a defence to a criminal charge, as it would here.

III. Conclusion

Members of the Métis community in and around Sault Ste. Marie have an aboriginal right to hunt for food under s. 35(1). This is determined by their fulfillment of the requirements set out in *Van der Peet*, modified to fit the distinctive purpose of s. 35 in protecting the Métis.

The appeal is dismissed with costs to the respondents. The cross-appeal is dismissed.

The constitutional question is answered as follows:

Are ss. 46 and 47(1) of the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1, as they read on October 22, 1993, of no force or effect with respect to the respondents, being

uniquement dans les cas exceptionnels où le tribunal de droit commun est d'avis que le fait de donner effet immédiat à une ordonnance ira à l'encontre de l'objet même de cette ordonnance ou compromettra par ailleurs la primauté du droit : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Nous tenons à signaler que l'acquiescement des Powley serait demeuré valide malgré le sursis d'exécution. La Cour d'appel avait toutefois le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'application de son ordonnance aux autres membres de la communauté métisse afin de favoriser la recherche de solutions communes et d'éviter que, dans l'intervalle, la ressource ne s'épuise et que le droit ne perde ainsi toute sa valeur.

Le sursis initial a expiré le 23 février 2002 et plus d'un an s'est écoulé depuis. La décision de la Cour d'appel est le droit applicable en Ontario depuis cette date et elle ne semble pas avoir plongé la province dans le chaos. Nous ne voyons aucune raison impérieuse d'ordonner un sursis d'exécution additionnel. Nous tenons par ailleurs à souligner qu'il est particulièrement important de faire valoir des raisons manifestes pour justifier le sursis demandé dans les cas où une telle mesure aura pour effet de suspendre la reconnaissance d'un droit qui, comme en l'espèce, confère un moyen de défense à une accusation criminelle.

III. Conclusion

Les membres de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville possèdent un droit ancestral de chasser pour se nourrir garanti par le par. 35(1). Ils ont établi l'existence de ce droit en satisfaisant aux conditions prévues par le critère établi dans l'arrêt *Van der Peet*, critère qui a été modifié pour tenir compte de l'objectif particulier de protection des Métis que vise l'art. 35.

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur des intimés. Le pourvoi incident est rejeté.

La question constitutionnelle reçoit la réponse suivante :

L'article 46 et le par. 47(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, ch. G.1, en vigueur le 22 octobre 1993, sont-ils, dans les circonstances de l'espèce, sans

52

53

54

55

Métis, in the circumstances of this case, by reason of their aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Yes.

APPENDIX

Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Game and Fish Act, R.S.O. 1990, c. G.1, ss. 46 and 47(1)

46. No person shall knowingly possess any game hunted in contravention of this Act or the regulations.

47. (1) Except under the authority of a licence and during such times and on such terms and conditions and in such parts of Ontario as are prescribed in the regulations, no person shall hunt black bear, polar bear, caribou, deer, elk or moose.

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Pape & Salter, Toronto.

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

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

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

effet à l’égard des intimés, des Métis, en raison des droits ancestraux qu’ils possèdent en vertu de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse : Oui.

ANNEXE

Dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 46 et par. 47(1)

46 Nul ne doit avoir sciemment en sa possession du gibier qui a été chassé en contravention à la présente loi ou aux règlements.

47 (1) Sauf avec un permis et pendant les périodes, aux conditions et dans les parties de l’Ontario prescrites dans les règlements, nul ne doit chasser l’ours noir, l’ours blanc, le caribou, le chevreuil, l’élan ou l’original.

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté.

Procureur de l’appelante/intimée au pourvoi incident : Ministère du Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident : Pape & Salter, Toronto.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the intervener the Labrador Métis Nation: Burchell Green Hayman Parish, Halifax.

Solicitor for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Solicitor for the interveners the Métis National Council and Métis Nation of Ontario: Métis National Council, Ottawa.

Solicitor for the intervener the B.C. Fisheries Survival Coalition: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Métis and Aboriginal Association: Robert MacRae, Sault Ste. Marie.

Solicitors for the intervener the Ontario Federation of Anglers and Hunters: Danson, Recht & Voudouris, Toronto.

Solicitor for the intervener the Métis Chief Roy E. J. DeLaRonde, on behalf of the Red Sky Métis Independent Nation: Alan Pratt, Dunrobin, Ontario.

Solicitors for the intervener the North Slave Métis Alliance: Chamberlain Hutchison, Edmonton; Burchell Green Hayman Parish, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intervenante Labrador Métis Nation : Burchell Green Hayman Parish, Halifax.

Procureur de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Procureur des intervenants le Ralliement national des Métis et Métis Nation of Ontario : Ralliement national des Métis, Ottawa.

Procureur de l'intervenante B.C. Fisheries Survival Coalition : J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureur de l'intervenante Ontario Métis and Aboriginal Association : Robert MacRae, Sault Ste. Marie.

Procureurs de l'intervenante Ontario Federation of Anglers and Hunters : Danson, Recht & Voudouris, Toronto.

Procureur de l'intervenant le chef métis Roy E. J. DeLaRonde, au nom de la Red Sky Métis Independent Nation : Alan Pratt, Dunrobin, Ontario.

Procureurs de l'intervenante North Slave Métis Alliance : Chamberlain Hutchison, Edmonton; Burchell Green Hayman Parish, Halifax.

Ernest Lionel Joseph Blais *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Métis National Council and Congress of Aboriginal Peoples *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. BLAIS

Neutral citation: 2003 SCC 44.

File No.: 28645.

2003: March 18; 2003: September 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Manitoba Natural Resources Transfer Agreement — Hunting rights — Métis — Métis convicted of hunting contrary to provincial statute — Natural Resources Transfer Agreement providing that provincial laws respecting game apply to Indians subject to their continuing right to hunt, trap and fish for food on unoccupied Crown lands — Whether Métis are “Indians” under hunting rights provision of Natural Resources Transfer Agreement — Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba), para. 13.

The appellant, a Manitoba Métis, was convicted of hunting deer out of season. He had been hunting for food on unoccupied Crown land. His appeals to the Manitoba Court of Queen’s Bench and the Manitoba Court of Appeal were based solely on the defence that, as a Métis, he was immune from conviction under the *Wildlife Act* regulations in so far as they infringed on his right to hunt for food under para. 13 of the *Manitoba Natural*

Ernest Lionel Joseph Blais *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l’Alberta, Ralliement national des Métis et Congrès des peuples autochtones *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BLAIS

Référence neutre : 2003 CSC 44.

N° du greffe : 28645.

2003 : 18 mars; 2003 : 19 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Convention sur le transfert des ressources naturelles du Manitoba — Droits de chasse — Métis — Métis déclaré coupable d’avoir chassé en contravention de la loi provinciale — Disposition de la Convention sur le transfert des ressources naturelles prévoyant que les lois provinciales s’appliquent aux Indiens, sous réserve du maintien de leur droit de chasser, de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne — Les Métis sont-ils des « Indiens » pour l’application des dispositions en matière de droits de chasse de la Convention sur le transfert des ressources naturelles? — Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba), par. 13.

L’appelant, un Métis du Manitoba, a été déclaré coupable d’avoir chassé le cerf hors saison. Il avait chassé pour se nourrir sur des terres inoccupées de la Couronne. Ses appels à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba et à la Cour d’appel du Manitoba reposaient uniquement sur le moyen de défense selon lequel, en tant que Métis, il ne pouvait pas faire l’objet de poursuites intentées en vertu des règlements d’application de la *Loi sur la*

Resources Transfer Agreement (NRTA). This provision stipulates that the provincial laws respecting game apply to the Indians subject to the continuing right of the Indians to hunt, trap and fish for food on unoccupied Crown lands. Both appeals were unsuccessful. The issue in this appeal was whether the Métis are “Indians” under the hunting rights provision of the *NRTA*.

Held: The appeal should be dismissed.

The *NRTA* is a constitutional document which must be read generously within its contextual and historical confines and yet in such a way that its purpose is not overshoot. Here, the appellant is not entitled to benefit from the protection accorded to “Indians” in the *NRTA*. First, the *NRTA*’s historical context suggested that the term “Indians” did not include the Métis. The historical documentation indicated that, in Manitoba, the Métis had been treated as a different group from “Indians” for purposes of delineating rights and protections. Second, the common usage of the term “Indian” in 1930 did not encompass the Métis. The terms “Indian” and “half-breed” had been used to refer to separate and distinguishable groups of people in Manitoba from the mid-19th century through the period in which the *NRTA* was negotiated and enacted. The location of para. 13 in the *NRTA* under the heading “Indian Reserves” further supports this interpretation. Third, the purpose of para. 13 of the *NRTA* was to ensure respect for the Crown’s obligations to “Indians” with respect to hunting rights, who were viewed as requiring special protection and assistance. This view did not extend to the Métis, who were considered more independent and less in need of Crown protection.

A requirement for “continuity of language” should not be imposed on the Constitution as a whole and, in any event, such an interpretation would not support the contention that the term “Indians” should include the Métis. The principle that ambiguities should be resolved in favour of Aboriginal peoples is inapplicable as the historical documentation was sufficient to support the view that the term “Indians” in para. 13 of the *NRTA* was not meant to encompass the Métis. Nor does the “living tree” doctrine expand the historical purpose of para. 13; while constitutional provisions are intended to provide “a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power”, the Court is not free to invent new

conservation de la faune, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte au droit de chasser pour se nourrir que lui reconnaît l’art. 13 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba (la « *Convention* »). Cette disposition prévoit que les lois provinciales s’appliquent aux Indiens, sous réserve du maintien de leur droit de chasser, de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne. Les deux appels ont été rejetés. En l’espèce, la question est de savoir si les Métis sont des « Indiens » pour l’application des dispositions en matière de droits de chasse de la *Convention*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La *Convention* est un document constitutionnel qui doit recevoir une interprétation généreuse respectant ses limites contextuelles et historiques mais n’allant pas au-delà de son objet. En l’espèce, l’appelant n’a pas droit à la protection accordée aux « Indiens » par la *Convention*. Premièrement, le contexte historique de la *Convention* tend à indiquer que le mot « Indiens » ne vise pas les Métis. Les documents historiques indiquent que, au Manitoba, les Métis étaient considérés comme un groupe distinct des « Indiens » pour la définition des droits et des mesures de protection dont ils bénéficiaient. Deuxièmement, le mot « Indien » utilisé dans la langue courante en 1930 ne visait pas les Métis. Les mots « Indien » et « Métis » ont servi à désigner des groupes distincts et distinguables au Manitoba, du milieu du dix-neuvième siècle jusqu’à l’édition de la *Convention*. Cette interprétation est renforcée par le fait que l’art. 13 de la *Convention* se trouve sous la rubrique « Réserves indiennes ». Troisièmement, l’art. 13 de la *Convention* visait à assurer le respect des obligations de la Couronne envers les « Indiens » en matière de droits de chasse, puisque les Indiens étaient perçus comme ayant besoin de mesures de protection et d’assistance particulières. Cette perception ne s’appliquait pas aux Métis, qui étaient considérés comme étant plus autonomes et nécessitant moins la protection de la Couronne.

Il n’y a pas lieu d’assortir la Constitution, dans son ensemble, d’une obligation de « continuité terminologique », d’ailleurs une telle interprétation n’étayerait de toute façon pas l’argument voulant que le mot « Indiens » s’entende également des Métis. Le principe selon lequel toute ambiguïté doit profiter aux peuples autochtones ne s’applique pas, étant donné que les documents historiques appuient suffisamment la thèse selon laquelle le mot « Indiens » à l’art. 13 de la *Convention* n’est pas censé inclure les Métis. La doctrine de « l’arbre vivant » ne permet pas elle non plus d’élargir la finalité historique de l’art. 13. Bien que les dispositions constitutionnelles visent à fournir « un cadre permanent à l’exercice

obligations foreign to the original purpose of the provision at issue, but rather must anchor the analysis in the historical context of the provision.

Cases Cited

Applied: *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43; **referred to:** *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference as to whether "Indians" in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1930 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 26].
Constitution Act, 1982, s. 35.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8], s. 31.
Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba), paras. 1, 10, 11, 12, 13.
Wildlife Act, R.S.M. 1987, c. W130, s. 26 [rep. & sub. 1989-90, c. 27, s. 13].

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XX, 3rd Sess., 5th Parl., July 6, 1885, p. 3113.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Perspectives and Realities*, vol. 4. Ottawa: The Commission, 1996.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Flanagan, Thomas E. "The History of Metis Aboriginal Rights: Politics, Principle, and Policy" (1990), 5 *C.J.L.S.* 71.
 Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*,

légitime de l'autorité gouvernementale », la Cour n'a pas carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l'objectif original de la disposition en litige, elle doit plutôt ancrer son analyse dans le contexte historique de la disposition.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43; **arrêts mentionnés :** *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

Lois et règlements cités

Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba), par. 1, 10, 11, 12, 13.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1930 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 26].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8], art. 31.
Loi sur la conservation de la faune, L.R.M. 1987, ch. W130, art. 26 [abr. & rempl. 1989-90, ch. 27, art. 13].
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XX, 3^e sess., 5^e Parl., 6 juillet 1885, p. 3209.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités*, vol. 4. Ottawa : La Commission, 1996.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
 Flanagan, Thomas E. « The History of Metis Aboriginal Rights : Politics, Principle, and Policy » (1990), 5 *R.C.D.S.* 71.
 Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*,

Including the Negotiations on Which they Were Based, and Other Information Relating Thereto. Toronto: Belfords, Clarke, 1880.

Morton, W. L. *Manitoba: The Birth of a Province.* Winnipeg: Manitoba Record Society Publications, 1984.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (2001), 198 D.L.R. (4th) 220, [2001] 8 W.W.R. 231, 156 Man. R. (2d) 53, 246 W.A.C. 53, [2001] 3 C.N.L.R. 187, [2001] M.J. No. 168 (QL), 2001 MBCA 55, affirming a decision of the Court of Queen's Bench, [1998] 10 W.W.R. 442, 130 Man. R. (2d) 114, [1998] 4 C.N.L.R. 103, [1998] M.J. No. 395 (QL), upholding a judgment of the Provincial Court, [1997] 3 C.N.L.R. 109, [1996] M.J. No. 391 (QL). Appeal dismissed.

Lionel Chartrand, for the appellant.

Holly D. Penner and *Deborah L. Carlson*, for the respondent.

Ivan G. Whitehall, Q.C., Barbara Ritzen and *Michael H. Morris*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Kurt J. W. Sandstrom and *Margaret Unsworth*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jean Teillet, Clem Chartier, Arthur Pape and *Jason Madden*, for the intervener the Métis National Council.

Joseph Eliot Magnet, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

This case raises the issue of whether the Métis are "Indians" under the hunting rights provisions of the *Manitoba Natural Resources Transfer Agreement*

Including the Negotiations on Which they Were Based, and Other Information Relating Thereto. Toronto : Belfords, Clarke, 1880.

Morton, W. L. *Manitoba : The Birth of a Province.* Winnipeg : Manitoba Record Society Publications, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (2001), 198 D.L.R. (4th) 220, [2001] 8 W.W.R. 231, 156 Man. R. (2d) 53, 246 W.A.C. 53, [2001] 3 C.N.L.R. 187, [2001] M.J. No. 168 (QL), 2001 MBCA 55, qui a confirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine, [1998] 10 W.W.R. 442, 130 Man. R. (2d) 114, [1998] 4 C.N.L.R. 103, [1998] M.J. No. 395 (QL), ayant maintenu un jugement de la Cour provinciale, [1997] 3 C.N.L.R. 109, [1996] M.J. No. 391 (QL). Pourvoi rejeté.

Lionel Chartrand, pour l'appelant.

Holly D. Penner et *Deborah L. Carlson*, pour l'intimée.

Ivan G. Whitehall, c.r., Barbara Ritzen et *Michael H. Morris*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Kurt J. W. Sandstrom et *Margaret Unsworth*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jean Teillet, Clem Chartier, Arthur Pape et *Jason Madden*, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.

Joseph Eliot Magnet, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les Métis sont des « Indiens » pour l'application des dispositions en matière de droits de chasse de la

("NRTA"), incorporated as Schedule (1) to the *Constitution Act, 1930*. We conclude that they are not.

2 On February 10, 1994, Ernest Blais and two other men went hunting for deer in the District of Piney, in the Province of Manitoba. At that time, deer hunting was prohibited in that area by the terms of the wildlife regulations passed pursuant to *The Wildlife Act* of Manitoba, R.S.M. 1987, c. W130, s. 26, as amended by S.M. 1989-90, c. 27, s. 13. Mr. Blais was charged with unlawfully hunting deer out of season.

3 The requisite elements of the offence were conceded at trial. However, the appellant asserted two defences that would have entitled him to acquittal. Both defences were based on his identity as a Métis. First, the appellant argued that, as a Métis, he had an aboriginal right to hunt for food under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Second, he claimed a constitutional right to hunt for food on unoccupied Crown lands by virtue of para. 13 of the *NRTA*.

4 The parties agreed at trial, and continue to agree, that the appellant was hunting for food for himself and for the members of his immediate family, and that he was hunting on unoccupied Crown land. They further agree that the appellant is Métis.

5 The trial judge rejected both of the appellant's defences and entered a conviction on August 22, 1996 ([1997] 3 C.N.L.R. 109). The appellant appealed the conviction to the Manitoba Court of Queen's Bench ([1998] 4 C.N.L.R. 103) and to the Manitoba Court of Appeal ([2001] 3 C.N.L.R. 187, 2001 MBCA 55). His appeals were based solely on the defence that, as a Métis, he is immune from conviction under the *Wildlife Act* regulations in so far as they infringe on his right to hunt for food under para. 13 of the *NRTA*. Both courts rejected this defence and upheld the appellant's conviction.

Convention sur le transfert des ressources naturelles du Manitoba (la « *Convention* »), qui constitue l'annexe (1) de la *Loi constitutionnelle de 1930*. Nous concluons que non.

Le 10 février 1994, Ernest Blais et deux autres hommes sont partis chasser le cerf dans le district de Piney au Manitoba, pendant une période où la chasse au cerf y était interdite par règlement pris en vertu de l'art. 26 de la loi manitobaine intitulée *Loi sur la conservation de la faune*, L.R.M. 1987, ch. W130, modifiée par L.M. 1989-90, ch. 27, art. 13. Monsieur Blais a été accusé d'avoir illégalement chassé le cerf hors saison.

Au procès, l'appelant a concédé l'existence des éléments essentiels de l'infraction. Il a toutefois fait valoir deux moyens de défense qui, à son avis, lui donnaient droit à un acquittement. Ces deux moyens reposaient sur son identité métisse. Premièrement, l'appelant a plaidé que, en tant que Métis, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* lui garantit le droit ancestral de chasser pour se nourrir. Deuxièmement, il a invoqué le droit constitutionnel de chasser pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne que lui accorderait le par. 13 de la *Convention*.

Au procès, les parties se sont entendues sur les faits suivants — et elles continuent de le faire — : l'appelant chassait pour se nourrir et pour nourrir les membres de sa famille immédiate; il chassait sur des terres inoccupées de la Couronne; l'appelant est un Métis.

Rejetant les deux moyens de défense soulevés par l'appelant, le juge de première instance a inscrit une déclaration de culpabilité le 22 août 1996 ([1997] 3 C.N.L.R. 109). L'appelant a interjeté appel de cette déclaration de culpabilité à la Cour du Banc de la Reine du Manitoba ([1998] 4 C.N.L.R. 103) et à la Cour d'appel du Manitoba ([2001] 3 C.N.L.R. 187, 2001 MBCA 55). Ces appels reposaient uniquement sur le moyen de défense selon lequel, en tant que Métis, l'appelant ne peut faire l'objet de poursuites intentées en vertu des règlements d'application de la *Loi sur la conservation de la faune* dans la mesure où ceux-ci portent atteinte au droit de chasser pour se nourrir que lui reconnaîtrait le par. 13 de la *Convention*. Les deux cours ont rejeté ce moyen de défense et confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant.

Because we agree that para. 13 of the *NRTA* cannot be read to include the Métis, we would dismiss this appeal. We make no findings with respect to the existence of a Métis right to hunt for food in Manitoba under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, since the appellant chose not to pursue this defence.

II. Analysis

Mr. Blais is a “Métis”, a member of a distinctive community descended from unions between Europeans and Indians or Inuit. This is agreed by the parties and was confirmed by the trial judge. There is no basis for disturbing this finding, particularly as the appellant satisfies the criteria of self-identification, ancestral connection, and community acceptance set out in *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43. The question is whether, as a Métis, he is entitled to benefit from this hunting provision for “Indians”.

Paragraph 13 of the *NRTA* reads:

In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

This provision consists of a stipulation and an exception. The stipulation is that “the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians” (emphasis added). The exception is the continuing right of the Indians to hunt, trap and fish for food on unoccupied Crown lands “provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to

Comme nous estimons que le par. 13 de la *Convention* ne vise pas les Métis, nous sommes d’avis de rejeter le présent pourvoi. Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir si l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît aux Métis le droit de chasser pour se nourrir au Manitoba, puisque l’appelant a choisi d’abandonner ce moyen de défense.

II. Analyse

M. Blais est un « Métis », membre d’une communauté distincte formée des personnes nées des unions entre des Européens d’une part et des Indiens ou des Inuits d’autre part. Les parties s’entendent sur ce fait et le juge du procès a conclu en ce sens. Rien ne justifie de modifier cette conclusion, compte tenu particulièrement du fait que l’appelant satisfait aux critères de l’auto-identification, des liens ancestraux et de l’acceptation par la communauté qui ont été énoncés dans l’arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43. Il s’agit en l’espèce de décider si M. Blais peut, en tant que Métis, se prévaloir d’une disposition en matière de chasse visant les « Indiens ».

Le paragraphe 13 de la *Convention* est ainsi rédigé :

Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l’approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s’appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l’année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d’accès.

Cette disposition comporte une règle générale et une exception. La règle générale précise que « les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province s’appliquent aux Indiens » (nous soulignons). L’exception pourvoit, dans les termes reproduits plus bas, au maintien du droit des Indiens de chasser, de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson pour se

6

7

8

them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access” (emphasis added).

9 The issue, as stated, is whether the exception addressed to “Indians” applies to the Métis. As we explain in *Powley*, *supra*, at para. 10, the term “Métis” does not designate all individuals with mixed heritage; “rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, way of life, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears”. Members of Métis communities in the prairie provinces collectively refer to themselves as the “Métis Nation”, and trace their roots to the western fur trade: *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Perspectives and Realities* (1996), vol. 4, at p. 203 (“RCAP Report”). Other Métis communities emerged in eastern Canada: *RCAP Report*; see *Powley*, at para. 10. The sole question before us is whether the appellant, being a Métis, is entitled to benefit from the protection accorded to “Indians” in the *NRTA*. He can claim this benefit only if the term “Indians” in para. 13 encompasses the Métis.

A. An Overview of the *NRTA*

10 Before embarking on our analysis of the meaning of “Indians” in para. 13, it may be useful to set out the history of the *NRTA* in general and para. 13 in particular. The three *NRTAs* arose as part of an effort to put the provinces of Alberta, Manitoba and Saskatchewan on an equal footing with the other Canadian provinces by giving them jurisdiction over and ownership of their natural resources.

nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne : « toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l’année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d’accès » (nous soulignons).

Telle qu’elle a été exposée, la question consiste à décider si l’exception visant les « Indiens » s’applique aux Métis. Comme nous l’expliquons dans l’arrêt *Powley*, précité, par. 10, le terme « Métis » ne s’entend pas de toutes les personnes d’ascendance mixte, « mais plutôt [d]es peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes, façons de vivre et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d’une part et de leurs ancêtres européens d’autre part ». Les membres des communautés métisses des provinces des Prairies se désignent collectivement comme la « Nation métisse » et ils font remonter leurs origines à l’époque de la traite des fourrures dans l’Ouest : *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités* (1996), vol. 4, p. 230 (« *Rapport de la CRPA* »). D’autres communautés métisses ont vu le jour dans l’est du Canada : *Rapport de la CRPA*; voir aussi *Powley*, par. 10. La seule question dont nous sommes saisis consiste à décider si, en tant que Métis, l’appelant a droit à la protection accordée aux « Indiens » par la *Convention*. Il ne peut invoquer cette protection que si le mot « Indiens » au par. 13 de la *Convention* s’entend également des Métis.

A. Aperçu de la *Convention*

Avant d’amorcer l’analyse du sens du mot « Indiens » au par. 13 de la *Convention*, il est utile de faire l’historique de la *Convention* en général et du par. 13 en particulier. Les trois *Conventions* font partie d’un train de mesures qui visaient à placer les provinces d’Alberta, du Manitoba et de la Saskatchewan sur un pied d’égalité avec les autres provinces canadiennes en leur accordant la propriété

Paragraph 1 of each of these Agreements reads in part:

In order that the Province may be in the same position as the original Provinces of Confederation are in virtue of section one hundred and nine of the Constitution Act, 1867, the interest of the Crown in all Crown lands, mines, minerals (precious and base) and royalties derived therefrom within the Province, and all sums due or payable for such lands, mines, minerals or royalties, shall . . . belong to the Province, subject to any trusts existing in respect thereof, and to any interest other than that of the Crown in the same, and the said lands, mines, minerals and royalties shall be administered by the Province for the purposes thereof . . . ; any payment received by Canada in respect of any such lands, mines, minerals or royalties before the coming into force of this agreement shall continue to belong to Canada . . . it being the intention that . . . Canada shall not be liable to account to the Province for any payment made in respect of any of the said lands, mines, minerals or royalties before the coming into force of this agreement, and that the Province shall not be liable to account to Canada for any such payment made thereafter. [Emphasis added.]

In other words, the Agreements were largely concerned with the transfer of contractual and related liabilities from Canada to the provinces. Indeed, early litigation relating to the *NRTAs* involved precisely this: see, e.g., *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629.

In the midst of these transfer provisions, three out of 25 paragraphs in the Manitoba *NRTA* come under the separate heading “Indian Reserves”. Paragraph 13 is one of them. These paragraphs are identical to paras. 10-12 of the Alberta and Saskatchewan *NRTAs*. The three provisions indicate that, notwithstanding the transfer of control over land to Manitoba, responsibility for administering Indian reserves will remain with the federal Crown (para. 11); that the rules set out in the March 24, 1924 agreement between Canada and Ontario will apply to these Indian reserves and to any others subsequently created in the Province

de leurs ressources naturelles et en leur attribuant compétence à cet égard. Le paragraphe premier de chacune de ces conventions dispose notamment :

Afin que la province puisse être traitée à l'égal des provinces constituant originairement la Confédération, sous le régime de l'article cent neuf de la Loi constitutionnelle de 1867, l'intérêt de la Couronne dans toutes les terres, toutes les mines, tous les minéraux (précieux et vils) et toutes les redevances en découlant à l'intérieur de la province, qui appartiennent à la Couronne, et toutes les sommes dues ou payables pour ces mêmes terres, mines, minéraux ou redevances, doivent [. . .] appartenir à la province, subordonnement à toutes les fiducies existant à leur égard et à tout intérêt autre que celui de la Couronne dans ces ressources naturelles, et ces terres, mines, minéraux et redevances seront administrés par la province pour ces fins [. . .]; tout paiement reçu par le Canada à l'égard de ces terres, mines, minéraux ou redevances avant que la présente convention soit exécutoire, continue d'appartenir au Canada [. . .], l'intention de la présente convention étant que [. . .] le Canada ne soit pas obligé de rendre compte à la province d'un paiement effectué à l'égard de ces terres, mines, minéraux ou redevances, avant la mise en vigueur de la présente convention, et que la province ne soit pas obligée de rendre compte au Canada d'un pareil paiement effectué postérieurement à la présente convention. [Nous soulignons.]

En d'autres mots, les conventions portaient dans une large mesure sur le transfert aux provinces, par le fédéral, d'obligations contractuelles et autres responsabilités connexes. De fait, les premières décisions relatives aux *Conventions* portaient précisément sur ce sujet : voir, par exemple, *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629.

Au sein de ces dispositions relatives au transfert, trois des 25 paragraphes de la *Convention* du Manitoba figurent sous une rubrique distincte intitulée « Réserves indiennes ». Le paragraphe 13 fait partie de ces dispositions. Ces paragraphes sont identiques aux paragraphes 10 à 12 des *Conventions* de l'Alberta et de la Saskatchewan. Les trois dispositions évoquées plus tôt prévoient que, malgré le transfert au Manitoba de la maîtrise des terres, la responsabilité d'administrer les réserves indiennes demeure à la charge de la Couronne fédérale (par. 11); que les règles énoncées dans la convention du 24 mars 1924 conclue entre le

(para. 12); and that provincial hunting and fishing laws will apply to Indians except that these laws shall not prevent Indians from hunting and fishing for food on unoccupied Crown lands (para. 13).

12 The broad purpose of the *NRTA* was to transfer control over land and natural resources to the three western provinces. The first two of the three provisions on “Indian Reserves” were included to specify that the administration of these reserves would remain with the federal government notwithstanding the general transfer. However, the provincial government would have the right and the responsibility to legislate with respect to certain natural resource matters affecting Indians, including hunting. Section 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, introduced in 1951 (S.C. 1951, c. 29, s. 87), makes general provincial laws applicable to Indians in the absence of conflicting treaties or Acts of Parliament. By enacting para. 13, the federal government specified that hunting and fishing by Indians could be the subject of provincial regulation, while seeking to ensure that its pre-existing obligations towards the Indians with respect to hunting rights would be fulfilled.

13 Paragraph 13 both affirmed and limited the Province’s regulatory power: *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95, at p. 100; *Moosehunter v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 282, at p. 285; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901, at pp. 931-32; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 45. It affirmed the Province’s power to regulate hunting for conservation purposes (see *Badger*, *supra*, at para. 71) but it carved out a protected space for hunting by Indians on unoccupied Crown lands and on lands to which the Indians have a right of access. Other potential sources of aboriginal hunting rights exist outside of the para. 13 framework, such as time-honoured practices recognized by the common law and protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. However, because

Canada et l’Ontario s’appliquent à ces réserves indiennes et à toute autre réserve indienne créée par la suite dans la province (par. 12); et que les lois provinciales en matière de chasse et de pêche s’appliquent aux Indiens, pourvu qu’elles ne les empêchent pas de chasser et de pêcher pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne (par. 13).

L’objet général de la *Convention* consistait à transférer aux trois provinces de l’Ouest la maîtrise des terres et des ressources naturelles. Des trois dispositions traitant des « Réserves indiennes », les deux premières précisaient que l’administration de ces réserves continuerait de relever du gouvernement fédéral en dépit du transfert général. Toutefois, le gouvernement provincial aurait le droit et la responsabilité de légiférer sur certaines questions relatives aux ressources naturelles touchant les Indiens, notamment la chasse. L’article 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui a été édicté en 1951 (S.C. 1951, ch. 29, art. 87), rend les lois provinciales d’ordre général applicables aux Indiens en l’absence de quelque traité ou loi fédérale incompatible. Par l’édition du par. 13, le gouvernement fédéral a précisé que les activités de chasse et de pêche pratiquées par les Indiens pouvaient être assujetties à la réglementation provinciale, en s’efforçant de faire en sorte que ses obligations préexistantes envers les Indiens en matière de droits de chasse seraient respectées.

Le paragraphe 13 a à la fois confirmé et limité le pouvoir de réglementation de la province : *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95, p. 100; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282, p. 285; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901, p. 931-932; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 45. Cette disposition a confirmé le pouvoir de la province de réglementer la chasse aux fins de conservation (voir *Badger*, précité, par. 71), mais elle a protégé le droit des Indiens de chasser sur les terres inoccupées de la Couronne et sur les terres à l’égard desquelles les Indiens disposent d’un droit d’accès. D’autres sources potentielles de droits de chasse ancestraux existent en dehors du cadre du par. 13 de la *Convention*, par exemple les pratiques traditionnelles reconnues par la common law et

Mr. Blais grounds his claim exclusively in para. 13 of the *NRTA*, we must confine our reasoning to this provision.

B. *The Regulatory Context*

The Province of Manitoba has used its regulatory power to enact laws designed to protect its wildlife population: *The Wildlife Act*. The regulations prescribe when, where, how and what species people can hunt. Where there is not an absolute prohibition on hunting a particular species, Manitoba has instituted seasonal restrictions and a system of licensing to keep track of the date, location, kind and number of animals killed.

Seasonal restrictions and licensing requirements for deer hunting under the *Manitoba Wildlife Act* currently do not apply to members of Indian bands. Mr. Blais was arrested and charged with unlawfully hunting deer out of season because he is not a member of an Indian band, but a member of the Manitoba Métis community. The position of the Manitoba government is that para. 13 of the *NRTA* does not exempt the Métis from the obligation to comply with the deer-hunting regulations. Mr. Blais says that it does.

C. *Guiding Principles and Application*

Against this background, we turn to the issue before us: whether “Indians” in para. 13 of the *NRTA* include the Métis. The starting point in this endeavour is that a statute — and this includes statutes of constitutional force — must be interpreted in accordance with the meaning of its words, considered in context and with a view to the purpose they were intended to serve: see

protégées par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, étant donné que M. Blais fonde sa revendication exclusivement sur le par. 13 de la *Convention*, nous devons limiter notre examen à cette disposition.

B. *Le contexte réglementaire*

La province du Manitoba a exercé son pouvoir de réglementation et établi des dispositions législatives et réglementaires visant la protection de sa population d’animaux sauvages : *Loi sur la conservation de la faune*. En plus d’indiquer quelles espèces peuvent être chassées, les règlements précisent les périodes d’ouverture de la chasse, les territoires où il est permis de chasser et les méthodes de chasse autorisées. Pour ce qui est des espèces ne faisant pas l’objet d’une interdiction de chasse absolue, le Manitoba a fixé des restrictions saisonnières et établi un système de permis permettant de savoir combien d’animaux des espèces visées ont été tués, et de connaître les date et lieu où ils l’ont été.

Présentement, les conditions de délivrance des permis de chasse au cerf et les restrictions saisonnières établies en vertu de la *Loi sur la conservation de la faune* du Manitoba ne s’appliquent pas aux membres des bandes indiennes. N’appartenant pas à une bande indienne, mais plutôt à la communauté métisse du Manitoba, M. Blais a été arrêté et accusé d’avoir illégalement chassé le cerf hors saison. Le gouvernement du Manitoba soutient que le par. 13 de la *Convention* ne dispense pas les Métis de l’obligation de se conformer aux règlements sur la chasse au cerf. M. Blais prétend le contraire.

C. *Principes directeurs et application*

C’est sur cette toile de fond que nous allons maintenant examiner la question dont nous sommes saisis : le terme « Indiens » au par. 13 de la *Convention* s’entend-il également des Métis? Le point de départ de notre analyse est le principe selon lequel une loi — y compris les lois ayant un caractère constitutionnel — doit être interprétée selon le sens des mots utilisés, considérés dans leur contexte

14

15

16

E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. As P.-A. Côté stated in the third edition of his treatise, “Any interpretation that divorces legal expression from the context of its enactment may produce absurd results” (*The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 290).

et à la lumière de l’objet qu’ils sont censés réaliser : voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Comme l’a fait observer P.-A. Côté, dans la troisième édition de son traité, « [u]ne interprétation qui dissocie la formule légale de son contexte global d’énonciation risque de conduire à des absurdités » : *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 367.

17 The *NRTA* is a constitutional document. It must therefore be read generously within these contextual and historical confines. A court interpreting a constitutionally guaranteed right must apply an interpretation that will fulfill the broad purpose of the guarantee and thus secure “for individuals the full benefit of the [constitutional] protection”: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. “At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the [constitutional provision] was not enacted in a vacuum, and must therefore . . . be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts”: *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344. This is essentially the approach the Court used in 1939 when the Court examined the historical record to determine whether the term “Indians” in s. 91(24) of the *British North America Act, 1867* includes the Inuit (*Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104).

Du fait qu’elle est un document constitutionnel, la *Convention* doit recevoir une interprétation généreuse respectant les limites contextuelles et historiques évoquées plus haut. Le tribunal appelé à interpréter un droit garanti par la Constitution doit en donner une interprétation propre à permettre de réaliser l’objet général de la garantie et ainsi à assurer « que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la [Constitution] » : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344. « En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la [disposition constitutionnelle] n’a pas été adoptée en l’absence de tout contexte et que, par conséquent, [. . .] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, précité, p. 344. Il s’agit essentiellement de la démarche utilisée par notre Cour lorsqu’elle a examiné le dossier historique pour décider si le mot « Indiens » au par. 91(24) de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867* s’entendait également des Inuits (*Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104).

18 Applied to this case, this means that we must fulfill — but not “overshoot” — the purpose of para. 13 of the *NRTA*. We must approach the task of determining whether Métis are included in “Indians” under para. 13 by looking at the historical context, the ordinary meaning of the language used, and the philosophy or objectives lying behind it.

(1) Historical Context

En l’espèce, cela signifie que nous devons favoriser la réalisation de l’objet du par. 13 de la *Convention*, sans « aller au delà » de cet objet. Pour décider si les Métis sont des « Indiens » pour l’application du par. 13, nous devons tenir compte du contexte historique de cet article, de son libellé et des valeurs ou de la philosophie qui sont à sa base.

(1) Le contexte historique

19 The *NRTA* was not a grant of title, but an administrative transfer of the responsibilities that the Crown acknowledged at the time towards “the Indians

La *Convention* n’avait pas pour effet de concéder un titre, mais de transférer administrativement les responsabilités que la Couronne reconnaissait avoir

within the boundaries” of the Province — a transfer with constitutional force. In ascertaining which group or groups the parties to the *NRTA* intended to designate by the term “Indians”, we must look at the prevailing understandings of Crown obligations and the administrative regimes that applied to the different Aboriginal groups in Manitoba. The record suggests that the Métis were treated as a different group from “Indians” for purposes of delineating rights and protections.

The courts below found, and the record confirms, that the Manitoba Métis were not considered wards of the Crown. This was true both from the perspective of the Crown, and from the perspective of the Métis. Wright J. summarized his findings on this point as follows, at paras. 18-19:

The nature of the negotiations in the 1920’s, as reflected in correspondence and other evidence introduced at the trial of the appellant, shows that protection was the fundamental concern of the federal authorities, being consistent with the Crown’s obligations to those who automatically or voluntarily became subject to, or beneficiaries of, the *Indian Act*.

Nowhere is there any suggestion [that] the Metis, as a people, sought or were regarded as being in need of this kind of protection. On the contrary, the evidence demonstrates the Metis to be independent and proud of their identity separate and apart from the Indians.

The difference between Indians and Métis appears to have been widely recognized and understood by the mid-19th century. In 1870, Manitoba had a settled population of 12,228 inhabitants, almost 10,000 of whom were either English Métis or French Métis. Government actors and the Métis themselves viewed the Indians as a separate group with different historical entitlements; in fact, many if not most of the members of the Manitoba government at the time of its entry into Confederation were themselves Métis.

The *Manitoba Act, 1870* used the term “half-breed” to refer to the Métis, and set aside land

à l’époque envers les « Indiens dans les limites de la province » — transfert qui avait un caractère constitutionnel. Pour déterminer le ou les groupes que les parties à la *Convention* estimaient visés par le mot « Indiens », il faut tenir compte de ce qu’on considérait être les obligations de la Couronne envers les différents groupes autochtones au Manitoba, ainsi que des régimes administratifs applicables à cet égard. Le dossier révèle que les Métis étaient considérés comme un groupe distinct des « Indiens » pour la définition des droits et des mesures de protection dont ils bénéficiaient.

Les juridictions inférieures ont conclu que les Métis du Manitoba n’étaient pas considérés comme des pupilles de la Couronne, ce que confirme d’ailleurs le dossier. Ce point de vue était non seulement celui de la Couronne, mais également celui des Métis. Voici comment le juge Wright a résumé ses constatations à ce sujet (aux par. 18-19) :

[TRADUCTION] Comme en témoigne la correspondance et d’autres éléments de preuve produits au procès de l’appelant, les négociations qui se sont déroulées au cours des années 20 indiquent que le souci premier des autorités fédérales était un souci de protection, objectif conforme aux obligations de la Couronne envers ceux qui, d’office ou volontairement, devenaient assujettis à la *Loi sur les Indiens* ou en étaient des bénéficiaires.

Nulle part n’avance-t-on [que], comme peuple, les Métis revendiquaient ce type de protection ou qu’on considérait qu’ils en avaient besoin. La preuve démontre au contraire que les Métis étaient indépendants et fiers de leur identité distincte de celle des Indiens.

Il semble que la différence entre les Indiens et les Métis était largement reconnue et comprise au milieu du dix-neuvième siècle. En 1870, le Manitoba comptait 12 228 habitants, dont près de 10 000 étaient des Métis anglophones ou francophones. Les intervenants gouvernementaux et les Métis eux-mêmes percevaient les Indiens comme un groupe distinct, bénéficiant de droits historiques différents; en fait, lors de l’adhésion du Manitoba à la Confédération, bon nombre des membres du gouvernement manitobain, sinon la plupart, étaient eux-mêmes Métis.

La *Loi de 1870 sur le Manitoba* désignait les Métis par ce terme (en anglais « *half-breed* ») et

20

21

22

specifically for their use: *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, s. 31 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8). While s. 31 states that this land is being set aside “towards the extinguishment of the Indian Title to the lands in the Province”, this was expressly recognized at the time as being an inaccurate description. Sir John A. Macdonald explained in 1885:

Whether they [the Métis] had any right to those lands or not was not so much the question as it was a question of policy to make an arrangement with the inhabitants of that Province . . . 1,400,000 acres would be quite sufficient for the purpose of compensating these men for what was called the extinguishment of the Indian title. That phrase was an incorrect one, because the half-breeds did not allow themselves to be Indians.

(*House of Commons Debates*, July 6, 1885, at p. 3113, cited in T. E. Flanagan, “The History of Metis Aboriginal Rights: Politics, Principle, and Policy” (1990), 5 *C.J.L.S.* 71, at p. 74)

23

Other evidence in the record corroborates this view. For example, at trial, the expert witness Dr. G. Ens attached to his report a book written by Lieutenant-Governor A. Morris entitled *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, published in 1880. The book includes an account of negotiations between the Governor and an Indian Chief who expresses the concern that his mixed-blood offspring might not benefit from the proposed treaty. The Governor explains, at p. 69: “I am sent here to treat with the Indians. In Red River, where I came from, and where there is a great body of Half-breeds, they must be either white or Indian. If Indians, they get treaty money; if the Half-breeds call themselves white, they get land”. This statement supports the view that Indians and Métis were widely understood as distinct groups for the purpose of determining their entitlements *vis-à-vis* the colonial administration.

réservait expressément des terres à leur usage : *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3, art. 31 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8). Bien que l’art. 31 précise que les terres étaient réservées « dans le but d’éteindre les titres des Indiens aux terres de la province », on reconnaissait ouvertement à l’époque qu’il s’agissait d’une description inexacte. Sir John A. Macdonald a donné les explications suivantes en 1885 :

Il ne s’agissait pas tant de savoir [si les Métis] avaient ou non droit à ces terres, que de faire un arrangement avec les habitants de cette province [. . .] 1,400,000 acres de terre suffisaient amplement à compenser ce qu’on appelait l’extinction du titre sauvage.

Cette expression était incorrecte, parce que les Métis ne voulaient pas être des sauvages.

(*Débats de la Chambre des communes*, 6 juillet 1885, p. 3209, cité dans T. E. Flanagan, « The History of Metis Aboriginal Rights : Politics, Principle, and Policy » (1990), 5 *R.C.D.S.* 71, p. 74)

D’autres éléments de preuve versés au dossier corroborent ce point de vue. Au procès, par exemple, M. G. Ens, agissant comme témoin expert, a joint à son rapport l’ouvrage du lieutenant-gouverneur A. Morris intitulé *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories*, publié en 1880. Cet ouvrage comporte notamment le compte rendu des négociations entre le gouverneur et un chef indien qui se disait préoccupé par la possibilité que ses descendants métis ne bénéficient pas du traité proposé. Le gouverneur répond à la p. 69 par les explications suivantes : [TRADUCTION] « On m’envoie ici pour négocier avec les Indiens. À Red River, d’où je viens et où on trouve une large population de Métis, les Métis doivent être soit Blancs, soit Indiens. S’ils se disent Indiens, ils obtiennent les sommes prévues par traité; s’ils se disent Blancs, ils obtiennent des terres ». Cette déclaration étaye la thèse selon laquelle les Indiens et les Métis étaient largement considérés comme des groupes distincts lorsqu’il s’agissait d’établir quels étaient leurs droits *vis-à-vis* de l’administration coloniale.

It could be argued that the ability of individual Métis to identify themselves with Indian bands and to claim treaty rights on this basis weighs against a view of the two groups as entirely distinct. However, the very fact that a Métis person could “choose” either an Indian or a white identity supports the view that a Métis person was not considered Indian in the absence of an individual act of voluntary association.

The Canadian government’s response to an 1877 petition from a group of Métis further illustrates the perceived difference between the Indians and the Métis, and the exclusion of the Métis from the purview of Indian treaties. The Métis petitioners requested a grant of farming implements and seeds, and the relaxed enforcement of game laws to enable them to recover economically from the small-pox epidemic of 1870. David Laird, the Lieutenant-Governor of the North-West Territories, responded to the petition. He concluded by declaring:

I can assure you that the Government feel[s] a kindly interest in your welfare, and it is because they desire to see you enjoying the full franchise and property rights of British subjects, and not laboring under the Indian state of pupilage, that they have deemed it for the advantage of half-breeds themselves that they should not be admitted to the Indian treaties.

(W. L. Morton, ed., *Manitoba: The Birth of a Province* (1984), vol. I, at p. 23)

Without commenting on the motivations underlying the government’s policy or on its ultimate wisdom, we take note of the clear distinction made between Indians and “half-breeds”, and the fundamentally different perception of the government’s relationship with and obligations towards these two groups. We also note that counsel for the intervener, the Métis National Council, told the Court of Appeal: “the Métis want to be ‘Indian’ under the *NRTA*, but for no other purpose” (para. 75).

On pourrait prétendre que la capacité des Métis de s’identifier, sur une base individuelle, comme membre d’une bande indienne et, sur ce fondement, de revendiquer des droits issus de traités contredit l’opinion voulant que les Métis et les Indiens soient deux groupes tout à fait distincts. Cependant, le fait même qu’un Métis puisse « choisir » l’identité indienne ou blanche appuie l’argument selon lequel un Métis n’était pas considéré comme un Indien à moins d’accomplir individuellement un acte d’association volontaire à ce groupe.

La réponse du gouvernement canadien à une requête présentée en 1877 par un groupe de Métis constitue un autre exemple et de la différence qu’on faisait entre les Indiens et les Métis et de l’exclusion de ces derniers du champ d’application des traités conclus avec les Indiens. Les requérants métis réclamaient des instruments aratoires, des semences ainsi que l’assouplissement des mesures d’application des lois sur la chasse afin de leur permettre de se remettre, financièrement, de l’épidémie de variole de 1870. Répondant à cette requête, David Laird, le lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest, a conclu ainsi :

[TRADUCTION] Je peux vous assurer que le gouvernement se soucie de votre bien-être et que c’est parce qu’il souhaite de vous voir profiter de l’ensemble des droits de vote et de propriété dont jouissent les sujets britanniques, plutôt que de vous voir soumis à l’état de pupilles dans lequel se trouvent les Indiens, qu’il a jugé être à l’avantage des Métis eux-mêmes qu’ils ne soient pas visés par les traités avec les Indiens.

(W. L. Morton, dir., *Manitoba: The Birth of a Province* (1984), vol. I, p. 23)

Sans commenter le bien-fondé de la politique du gouvernement ni sa motivation, nous prenons acte de la nette distinction faite entre les Indiens et les « Métis » et de la façon fondamentalement différente dont étaient perçus les rapports qu’entretenait le gouvernement avec ces deux groupes et les obligations qui incombaient au premier envers les seconds. Nous prenons note également de l’affirmation suivante de l’avocat de l’intervenant, le Ralliement national des Métis, devant la Cour d’appel : [TRADUCTION] « les Métis veulent être ‘Indiens’ pour l’application de la *Convention*, mais pas d’autres fins » (par. 75).

26 Placing para. 13 in its proper historical context does not involve negating the rights of the Métis. Paragraph 13 is not the only source of the Crown's or the Province's obligations towards Aboriginal peoples. Other constitutional and statutory provisions are better suited, and were actually intended, to fulfill this more wide-ranging purpose. The sole issue before us is whether the term "Indians" in the *NRTA* includes the Métis. The historical context of the *NRTA* suggests that it does not.

(2) Language

27 The common usage of the term "Indian" in 1930 also argues against a view of this term as encompassing the Métis. Both the terms "Indian" and "half-breed" were used in the mid-19th century. Swail Prov. Ct. J. cites a North American census prepared by the Hudson's Bay Company in 1856-57 (pp. 146-47). The census records 147,000 "Indians", and breaks this down into various groups, including "The Plain Tribes", "The Esquimaux", "Indians settled in Canada", and so forth. A separate line indicates the number of "Whites and half-breeds in Hudson's Bay Territory", which is estimated at 11,000, for a total of 158,000 "souls". This document illustrates that the "Whites and half-breeds" were viewed as an identifiable group, separate and distinct from the Indians.

28 The Red River Métis distinguished themselves from the Indians. For example, the successive Lists of Rights prepared by Métis leaders at the time of the creation of the Province of Manitoba excluded "the Indians" from voting. This provision could not plausibly have been intended to disenfranchise the Métis, who were the authors of the Lists and the majority of the population. The Third and Fourth Lists of Rights emphasized the importance of concluding treaties "between Canada and the different Indian tribes of the Province", with the "cooperation of the Local Legislature" (Morton, *supra*, at pp. 246 and 249). The Local Legislature was, at that time, a

Le fait de situer le par. 13 dans le contexte historique approprié ne revient pas à nier les droits des Métis. Cette disposition n'est pas l'unique source des obligations de la Couronne ou de la province envers les peuples autochtones. D'autres dispositions législatives et constitutionnelles favorisent bien davantage la réalisation de cet objectif plus vaste et ont dans les faits été édictées à cette fin. La seule question dont nous sommes saisis consiste à décider si le mot « Indiens » dans la *Convention* s'entend également des Métis. Le contexte historique de la *Convention* tend à indiquer que ce n'est pas le cas.

(2) Les mots employés

L'utilisation du mot « Indien » dans la langue courante en 1930 est un autre facteur qui milite contre l'opinion voulant que ce mot inclue les Métis. Les mots « Indien » et « Métis » étaient tous deux employés au milieu du dix-neuvième siècle. Le juge Swail cite un recensement effectué en Amérique du Nord par la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1856-1857 (p. 146-147). Ce recensement fait état de 147 000 « Indiens », qu'il répartit en différents groupes, notamment les [TRADUCTION] « tribus des Plaines », les « Esquimaux » et les « Indiens établis au Canada ». Sur une autre ligne, on estime le nombre de [TRADUCTION] « Blancs et de Métis sur le territoire de la Baie d'Hudson » à 11 000, ce qui donne un total de 158 000 « âmes ». Ce document indique que [TRADUCTION] « les Blancs et les Métis » étaient considérés comme un groupe identifiable, distinct des Indiens.

Les Métis de la rivière Rouge se distinguaient eux-mêmes des Indiens. À titre d'exemple, les diverses « Listes des droits » préparées par les chefs métis au moment de la création de la province du Manitoba refusaient aux « Indiens » le droit de vote. Il n'est pas plausible que cette disposition ait pu avoir pour objet de retirer le droit de vote aux Métis, qui étaient les auteurs des listes et formaient la majorité de la population. Les troisième et quatrième listes des droits soulignaient l'importance de la conclusion de traités [TRADUCTION] « entre le Canada et les différentes tribus indiennes de la province », « et en collaboration avec la législature

Métis-dominated body, underscoring the Métis' own view of themselves and the Indians as fundamentally distinct.

There might not have been absolute consistency in the use of the terms "Indian" and "half-breed", and there appears to have been some mobility between the two groups. However, as evidenced by the historical documents statement cited above, the prevailing trend was to identify two distinct groups and to differentiate between their respective entitlements. Dr. Ens indicated in his report: "By 1850 'Half-Breed' was the most frequently used term among English-speaking residents of the North West to refer to all persons of mixed ancestry. It was a term that clearly differentiated between Indian and Metis populations" (respondent's record, at p. 176). At trial, the appellant's expert, Dr. Shore, could not cite any source in which the Canadian government used the term "Indian" to refer to all Aboriginal peoples, including the Métis.

This interpretation is supported by the location of para. 13 in the *NRTA* itself. Quite apart from formal rules of statutory construction, common sense dictates that the content of a provision will in some way be related to its heading. Paragraph 13 falls under the heading "Indian Reserves". Indian reserves were set aside for the use and benefit of Status Indians, not for the Métis. The placement of para. 13 in the part of the *NRTA* entitled "Indian Reserves", along with two other provisions that clearly do not apply to the Métis, supports the view that the term "Indian" as used throughout this part was not seen as including the Métis. This placement weighs against the argument that we should construe the term "Indians" more broadly than otherwise suggested by the historical context of the *NRTA* and the common usage of the term at the time of the *NRTA*'s enactment.

locale » (Morton, *op. cit.*, p. 246 et 249). La législature locale était à l'époque un organe dominé par les Métis, situation qui témoigne bien de la façon dont les Métis se percevaient et du fait qu'ils considéraient les Indiens comme fondamentalement distincts d'eux.

Il est possible que l'emploi des mots « Indien » et « Métis » n'ait pas été toujours constant, et il semble y avoir eu une certaine osmose entre les deux groupes. Toutefois, comme en font foi les déclarations tirées des documents historiques qui sont reproduites plus haut, la tendance générale était de reconnaître l'existence de deux groupes distincts et de différencier leurs droits respectifs. M. Ens a dit ceci dans son rapport : [TRADUCTION] « En 1850, les habitants anglophones du Nord-Ouest recouraient le plus souvent au terme "*Half-Breed*" ["Métis"] pour désigner les personnes d'ascendance mixte. Ce terme établissait clairement une distinction entre les populations indiennes et métisses » (dossier de l'intimée, p. 176). Au procès, le témoin expert de l'appelant, M. Shore, n'a pu faire état d'aucune source où le gouvernement canadien a utilisé le mot « Indien » pour désigner l'ensemble des peuples autochtones, y compris les Métis.

Cette interprétation est étayée par l'emplacement du par. 13 dans la *Convention* elle-même. Indépendamment des règles formelles d'interprétation législative, le bon sens veut que le contenu d'une disposition possède un certain lien avec la rubrique dans laquelle figure cette disposition. Le paragraphe 13 se trouve sous la rubrique « Réserves indiennes ». Les réserves indiennes ont été mises de côté à l'usage et au profit des Indiens inscrits, non des Métis. L'insertion du par. 13 dans cette partie de la *Convention*, qui comprend deux autres dispositions ne s'appliquant manifestement pas aux Métis, appuie l'opinion selon laquelle le terme « Indien » dans cette partie n'était pas considéré comme visant les Métis. La position du par. 13 tend à réfuter l'argument préconisant une interprétation plus large du mot « Indiens » que celle qui ressort par ailleurs du contexte historique de la *Convention* et de l'usage de ce mot dans la langue courante au moment de l'édition de la *Convention*.

29

30

31 We find no basis in the record for overturning the lower courts' findings that, as a general matter, the terms "Indian" and "half-breed" were used to refer to separate and distinguishable groups of people in Manitoba from the mid-19th century through the period in which the *NRTA* was negotiated and enacted.

(3) The *NRTA*'s Objectives

32 The purpose of para. 13 of the *NRTA* is to ensure respect for the Crown's obligations to "Indians" with respect to hunting rights. It was enacted to protect the hunting rights of the beneficiaries of Indian treaties and the *Indian Act* in the context of the transfer of Crown land to the provinces. It took away the right to hunt commercially while protecting the right to hunt for food and expanding the territory upon which this could take place: see *Frank, supra*, at p. 100; *Moosehunter, supra*, at p. 285; *Horseman, supra*, at pp. 931-32; and *Badger, supra*, at para. 45. Wright J. put it thus, at para. 8:

The *NRTA* was entered into between the federal government and each of the Provinces of Manitoba, Saskatchewan and Alberta. . . . [Its] primary purpose was to transfer Crown lands, with the resources associated, from Canada to the Provinces concerned. Section 13 in the Manitoba agreement . . . was included to enable Manitoba to pass laws respecting game and fish which would apply to Indians. . . . The exclusion in s. 13 was aimed to protect existing Indian rights to hunt, trap and fish on unoccupied Crown lands or any other lands to which the Indians had a right of access. Any such rights arose as a result of an Aboriginal historic base or because they were established or confirmed by treaty.

Manitoba would have the authority to pass laws respecting game and fish that would apply to all hunting and fishing activities in the province, including the activities of Indians. The exception was that Indians, a subset of the population with a particular historical relationship to the Crown, would not thereby be deprived of certain specified hunting and fishing rights.

Rien dans le dossier ne justifie de modifier la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle, de façon générale, les mots « Indien » et « Métis » ont servi à désigner des groupes distincts et distinguables au Manitoba, du milieu du dix-neuvième siècle jusqu'à l'édiction de la *Convention*.

(3) Les objectifs visés par la *Convention*

Le paragraphe 13 de la *Convention* vise à assurer le respect des obligations de la Couronne envers les « Indiens » en matière de droits de chasse. Il a été édicté pour protéger les droits de chasse des bénéficiaires des traités avec les Indiens et de la *Loi sur les Indiens* dans le cadre du transfert aux provinces de terres de la Couronne fédérale. Cette disposition a eu pour effet de retirer le droit de chasser à des fins commerciales tout en protégeant celui de le faire aux fins de subsistance et en élargissant le territoire sur lequel cette chasse pouvait être pratiquée : voir les arrêts *Frank*, précité, p. 100; *Moosehunter*, précité, p. 285; *Horseman*, précité, p. 931-932; et *Badger*, précité, par. 45. Le juge Wright a exprimé cet objectif en ces termes, au par. 8 :

[TRADUCTION] La *Convention* a été conclue par le gouvernement fédéral et, individuellement, par le Manitoba, la Saskatchewan et l'Alberta. [. . .] [Son] objectif premier consistait à transférer, du Canada aux provinces visées, des terres de la Couronne et les ressources qui s'y trouvent. L'article 13 de la convention relative au Manitoba [. . .] a été ajouté pour permettre à cette province d'adopter des lois régissant la chasse et la pêche qui s'appliqueraient aux Indiens. [. . .] L'exclusion prévue à l'art. 13 visait à protéger les droits que les Indiens possédaient déjà de chasser, de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson sur toutes les terres inoccupées de la Couronne ou sur toutes les autres terres à l'égard desquelles ils disposaient d'un droit d'accès. De tels droits découlent de pratiques ancestrales historiques ou ont été établis ou confirmés par voie de traité.

Cette mesure donnait au Manitoba le pouvoir d'adopter des mesures législatives sur la chasse et la pêche applicables à toutes ces activités dans la province, y compris celles pratiquées par les Indiens. L'exception consistait à faire en sorte que les Indiens, segment de la population ayant des relations historiques particulières avec la Couronne, ne soient pas privés par cette mesure de certains droits précis en matière de chasse et de pêche.

The protection accorded by para. 13 was based on the special relationship between Indians and the Crown. Underlying this was the view that Indians required special protection and assistance. Rightly or wrongly, this view did not extend to the Métis. The Métis were considered more independent and less in need of Crown protection than their Indian neighbours, as Wright J. confirmed. Shared ancestry between the Métis and the colonizing population, and the Métis' own claims to a different political status than the Indians in their Lists of Rights, contributed to this perception. The stark historic fact is that the Crown viewed its obligations to Indians, whom it considered its wards, as different from its obligations to the Métis, who were its negotiating partners in the entry of Manitoba into Confederation.

This perceived difference between the Crown's obligations to Indians and its relationship with the Métis was reflected in separate arrangements for the distribution of land. Different legal and political regimes governed the conclusion of Indian treaties and the allocation of Métis scrip. Indian treaties were concluded on a collective basis and entailed collective rights, whereas scrip entitled recipients to individual grants of land. While the history of scrip speculation and devaluation is a sorry chapter in our nation's history, this does not change the fact that scrip was based on fundamentally different assumptions about the nature and origins of the government's relationship with scrip recipients than the assumptions underlying treaties with Indians.

The historical context of the *NRTA*, the language of the section, and the purpose that led to its inclusion in the *Constitution Act, 1930* support the lower courts' conclusion that para. 13 does not encompass the Métis.

La protection accordée par le par. 13 est fondée sur les rapports spéciaux existant entre les Indiens et la Couronne. Elle reposait sur la perception selon laquelle les Indiens avaient besoin de mesures de protection et d'assistance particulières. À tort ou à raison, on n'a pas considéré que les Métis se trouvaient dans la même situation. On estimait qu'ils étaient plus autonomes et qu'ils avaient moins besoin de la protection de la Couronne que leurs voisins indiens, comme l'a confirmé le juge Wright. L'ascendance commune des Métis et de la population colonisatrice ainsi que le fait que les Métis revendiquaient eux-mêmes un statut politique différent de celui des Indiens dans leurs « Listes des droits » contribuaient à alimenter cette perception. La simple réalité historique est que la Couronne estimait que ses obligations à l'égard des Indiens, qu'elle considérait comme ses pupilles, différaient de ses obligations envers les Métis, qui étaient ses interlocuteurs dans la négociation de l'accession du Manitoba à la Confédération.

Cette différence qu'on faisait entre les obligations de la Couronne envers les Indiens et les rapports de celle-ci avec les Métis s'est reflétée dans différents arrangements touchant à la répartition des terres. La conclusion des traités avec les Indiens et la délivrance des certificats de concession aux Métis étaient régies par des régimes juridiques et des cadres politiques différents. Les traités avec les Indiens étaient conclus sur une base collective et créaient des droits collectifs, tandis que les certificats accordaient à leurs titulaires le droit de voir concéder des terres sur une base individuelle. Quoique la spéculation et la dévaluation associées aux certificats de concession représentent un malheureux chapitre de l'histoire de notre pays, il n'en demeure pas moins que ces certificats reposaient sur des postulats fondamentalement différents de ceux à la base des traités avec les Indiens quant à la nature et à l'origine des rapports du gouvernement avec les titulaires de certificats.

Le contexte historique de la *Convention*, le texte du par. 13 et l'objectif qui a inspiré son insertion dans la *Loi constitutionnelle de 1930* étayaient la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle cette disposition ne vise pas les Métis.

33

34

35

D. Appellant's Counter-Arguments

(1) Continuity of Language

36

The appellant asks us to impose a “continuity of language” requirement on the Constitution as a whole in order to support his argument that the term “Indians” in the *NRTA* includes the Métis. We do not find this approach persuasive. To the contrary, imposing a continuity requirement would lead us to conclude that “Indians” and “Métis” are different, since they are separately enumerated in s. 35(2) of the *Constitution Act, 1982*. We emphasize that we leave open for another day the question of whether the term “Indians” in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* includes the Métis — an issue not before us in this appeal.

(2) The Ambiguity Principle

37

In the absence of compelling evidence that the term “Indians” in para. 13 includes the Métis, the appellant invokes the principle that ambiguities should be resolved in favour of Aboriginal peoples: see *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36; *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451, at p. 464; see also *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, per La Forest J., at pp. 142-43 (suggesting refinements to this principle). This principle is triggered when there are doubts about the most fitting interpretation of the provision in question. In such cases, a generous and liberal interpretation is to be preferred over a narrow and technical one: *Nowegijick, supra*.

38

The ambiguity principle does not assist the appellant in this case. The historical documentation is sufficient to support the view that the term “Indians” in para. 13 of the *NRTA* was not meant to encompass the Métis. Nor do we find relevant the respondent's counter-argument that the ambiguity principle precludes extending the protection of para. 13 to the Métis because this would “dilute” the value of Indian hunting rights in Manitoba. If “Indians” in para. 13 includes the Métis, then such

D. Les contre-arguments de l'appelant

(1) La continuité terminologique

Au soutien de son argument que le mot « Indiens » dans la *Convention* s'entend également des Métis, l'appelant nous demande d'assortir la Constitution, dans son ensemble, d'une obligation de [TRADUCTION] « continuité terminologique ». Nous ne considérons pas cet argument convaincant. Au contraire, imposer une telle obligation nous amènerait à conclure que les « Indiens » et les « Métis » sont différents, étant donné que les deux sont énumérés séparément dans le par. 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous tenons à souligner que sera tranchée à une autre occasion la question de savoir si le mot « Indiens » au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'entend également des Métis — question dont nous ne sommes pas saisis dans le présent pourvoi.

(2) Le principe de l'ambiguïté

Ne disposant d'aucune preuve convaincante établissant que le mot « Indiens » au par. 13 de la *Convention* vise les Métis, l'appelant invoque le principe selon lequel toute ambiguïté doit profiter aux peuples autochtones : voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36; *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, p. 464; et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest, p. 142-143 (où l'on suggère des précisions à ce principe). Ce principe s'applique lorsque des doutes planent sur l'interprétation qu'il convient de donner à une disposition litigieuse. En pareils cas, il faut préférer une interprétation libérale à une interprétation stricte et formaliste : *Nowegijick*, précité.

Le principe de l'ambiguïté n'est d'aucune utilité à l'appelant en l'espèce. Les documents historiques étayaient suffisamment la thèse selon laquelle le mot « Indiens » au par. 13 de la *Convention* n'est pas censé inclure les Métis. Nous ne considérons pas non plus comme pertinent le contre-argument de l'intimée portant que le principe de l'ambiguïté fait obstacle à l'élargissement aux Métis de la protection conférée par le par. 13, étant donné que cela aurait pour effet de « diluer » la valeur des

an interpretation will prevail whether or not “dilution” results.

(3) The “Living Tree” Principle

We decline the appellant’s invitation to expand the historical purpose of para. 13 on the basis of the “living tree” doctrine enunciated by Lord Sankey L.C. with reference to the 1867 *British North America Act: Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136. The appellant, emphasizing the constitutional nature of para. 13, argues that this provision must be read broadly as providing solutions to future problems. He argues that, regardless of para. 13’s original meaning, contemporary values, including the recognition of the Crown’s fiduciary duty towards Aboriginal peoples and general principles of restitutive justice, require us to interpret the word “Indians” as including the Métis.

This Court has consistently endorsed the living tree principle as a fundamental tenet of constitutional interpretation. Constitutional provisions are intended to provide “a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power”: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 155. But at the same time, this Court is not free to invent new obligations foreign to the original purpose of the provision at issue. The analysis must be anchored in the historical context of the provision. As emphasized above, we must heed Dickson J.’s admonition “not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore . . . be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts”: *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344; see Côté, *supra*, at p. 265. Dickson J. was speaking of the *Charter*, but his words apply equally to the task of interpreting the *NRTA*. Similarly, Binnie J. emphasized the need for attentiveness to context when he

droits de chasse des Indiens au Manitoba. Si le mot « Indiens » au par. 13 s’entend également des Métis, cette interprétation l’emportera, qu’il en découle ou non une « dilution » des droits susmentionnés.

(3) Le principe de « l’arbre vivant »

Nous déclinons l’invitation lancée par l’appelant d’élargir la finalité historique du par. 13 sur le fondement de la doctrine de « l’arbre vivant » énoncée par le lord chancelier Sankey à propos de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* de 1867 dans l’arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136. Insistant sur la nature constitutionnelle du par. 13 de la *Convention*, l’appelant soutient que cette disposition doit être interprétée largement, de façon à permettre de trouver des solutions aux problèmes qui surgiront dans le futur. Il fait valoir que, indépendamment du sens que pouvait avoir cette disposition à l’origine, les valeurs contemporaines — notamment la reconnaissance de l’obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones et les principes généraux de la justice par la restitution — requièrent que nous considérions que le mot « Indiens » s’entend également des Métis.

Notre Cour a toujours souscrit au principe de l’arbre vivant, un précepte fondamental d’interprétation constitutionnelle. Les dispositions constitutionnelles visent à fournir « un cadre permanent à l’exercice légitime de l’autorité gouvernementale » : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), p. 155. Toutefois, notre Cour n’a pas pour autant carte blanche pour inventer de nouvelles obligations sans rapport avec l’objectif original de la disposition en litige. L’analyse doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition. Comme nous l’avons précisé plus tôt, il ne faut jamais oublier la mise en garde faite par le juge Dickson : « il importe de ne pas aller au delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n’a pas été adoptée en l’absence de tout contexte et que, par conséquent, [. . .] elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, précité, p. 344; voir Côté, *op. cit.*, p. 335. Le juge Dickson faisait référence à la

39

40

noted in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14, that “[g]enerous’ rules of interpretation should not be confused with a vague sense of after-the-fact largesse.” Again the statement, made with respect to the interpretation of a treaty, applies here.

41 We conclude that the term “Indians” in para. 13 of the *NRTA* does not include the Métis, and we find no basis for modifying this intended meaning. This in no way precludes a more liberal interpretation of other constitutional provisions, depending on their particular linguistic, philosophical and historical contexts.

III. Conclusion

42 We find no reason to disturb the lower courts’ findings that neither the Crown nor the Métis understood the term “Indians” to encompass the Métis in the decades leading up to and including the enactment of the *NRTA*. Paragraph 13 does not provide a defence to the charge against the appellant for unlawfully hunting deer out of season. We do not preclude the possibility that future Métis defendants could argue for site-specific hunting rights in various areas of Manitoba under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, subject to the evidentiary requirements set forth in *Powley, supra*. However, they cannot claim immunity from prosecution under the Manitoba wildlife regulations by virtue of para. 13 of the *NRTA*.

43 The appeal is dismissed. Each party shall bear its own costs.

44 The constitutional question is answered as follows:

Is the appellant Ernest Lionel Joseph Blais, being a Métis, encompassed by the term “Indians” in para. 13 of the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930*, as ratified

Charte, mais ses propos valent également pour l’interprétation de la *Convention*. De même, le juge Binnie a souligné la nécessité de porter attention au contexte lorsqu’il a indiqué, dans l’arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14, qu’« [i]l ne faut pas confondre les règles “généreuses” d’interprétation avec un vague sentiment de largesse a posteriori. » Cet énoncé, formulé dans l’interprétation d’un traité, s’applique également en l’espèce.

Nous concluons que le mot « Indiens » au par. 13 de la *Convention* ne vise pas les Métis et que rien ne justifie de modifier le sens qu’on entendait donner à ce mot. Cette conclusion n’empêche toutefois aucunement de donner une interprétation plus libérale à d’autres dispositions constitutionnelles selon leurs contextes linguistique, philosophique et historique particuliers.

III. Conclusion

Il n’existe à notre avis aucune raison de modifier les conclusions des juridictions inférieures selon lesquelles, dans les décennies qui ont précédé la *Convention*, et ce jusqu’à son édicton, ni la Couronne ni les Métis ne considéraient que le mot « Indiens » s’entendait également des Métis. Le paragraphe 13 ne constitue pas un moyen de défense contre l’accusation reprochant à l’appellant d’avoir illégalement chassé le cerf hors saison. Nous n’écartons pas la possibilité que de futurs défenseurs métis revendiquent des droits de chasse se rattachant à un lieu particulier dans diverses régions du Manitoba en vertu de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sous réserve des exigences en matière de preuve énoncées dans l’arrêt *Powley*, précité. Il ne leur sera toutefois pas possible de plaider, en vertu du par. 13 de la *Convention*, l’immunité à l’égard de poursuites fondées sur la réglementation manitoibaine en matière de conservation de la faune.

Le pourvoi est rejeté. Chaque partie supporte ses propres dépens.

La question constitutionnelle reçoit la réponse suivante :

Est-ce que l’appellant Ernest Lionel Joseph Blais, un Métis, est visé par le mot « Indiens » au par. 13 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de*

by the *Manitoba Natural Resources Act*, (1930) 20-21 Geo. V, c. 29 (Can.), and confirmed by the *Constitution Act (1930)*, 20-21 Geo. V, c. 26 (U.K.), and therefore rendering s. 26 of *The Wildlife Act* of Manitoba unconstitutional to the extent that it infringes upon the appellant's right to hunt for food for himself and his family?

Answer: No.

APPENDIX

Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Constitution Act, 1930

Manitoba — Memorandum of Agreement

13. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

The Wildlife Act, R.S.M. 1987, c. W130

26. No person shall hunt, trap, take or kill or attempt to trap, take or kill a wild animal during a period of the year when the hunting, trapping, taking or killing of that species or type of wild animal is either prohibited or not permitted by the regulations.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Aboriginal Centre Law Office, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

1930, qui a été ratifiée par la *Loi des ressources naturelles du Manitoba*, (1930) 20-21 Geo. V, c. 29 (Can.), et confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20-21 Geo. V, c. 26 (R.-U.), et, dans l'affirmative, est-ce que l'art. 26 de la *Loi sur la conservation de la faune* du Manitoba est en conséquence inconstitutionnel dans la mesure où il porte atteinte au droit de l'appelant de chasser à des fins de subsistance pour lui-même et pour sa famille?

Réponse : Non.

ANNEXE

Dispositions constitutionnelles et législative pertinentes

Loi constitutionnelle de 1930

Manitoba — Convention

13. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Loi sur la conservation de la faune, L.R.M. 1987, ch. W130

26. Nul ne peut chasser, piéger, capturer ou tuer ni tenter de piéger, de capturer ou de tuer un animal sauvage pendant une période de l'année où, en vertu des règlements, il est interdit ou n'est pas permis de chasser, de piéger, de capturer ou de tuer un animal sauvage de cette espèce ou de ce type.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Aboriginal Centre Law Office, Winnipeg.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Deputy Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Métis National Council: Pape & Salter, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureurs de l'intervenant le Ralliement national des Métis : Pape & Salter, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones : Joseph Eliot Magnet, Ottawa.

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaykum Indian Band (also known as the Campbell River Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu and James D. Wilson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Respondents/Appellants*

and between

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite and Lloyd Chickite, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Gitanmaax Indian Band, Kispiox Indian Band and Glen Vowell Indian Band *Intervenors*

INDEXED AS: WEWAYKUM INDIAN BAND v. CANADA

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaykum (également connue sous le nom de Bande indienne de Campbell River) *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Intimés/Appelants*

et entre

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite et Lloyd Chickite, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, Bande indienne Gitanmaax, Bande indienne Kispiox et Bande indienne de Glen Vowell *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE WEWAYKUM c. CANADA

Neutral citation: 2003 SCC 45.

File No.: 27641.

2003: June 23; 2003: September 26.

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

MOTION FOR DIRECTIONS**MOTIONS TO VACATE A JUDGMENT**

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Supreme Court judgment dismissing Indian bands' appeals — Indian bands presenting motions to set aside judgment alleging reasonable apprehension of bias arising from involvement of judge in bands' claims while serving as federal Associate Deputy Minister of Justice over 15 years prior to hearing of appeals — Whether judgment tainted by reasonable apprehension of bias — Whether judgment should be set aside.

In 1985 and 1989 respectively, the Campbell River Band and the Cape Mudge Band instituted legal proceedings against each other and the Crown, each band claiming exclusive entitlement to two reserves on Vancouver Island. In 1995, the Federal Court, Trial Division dismissed the actions and the Federal Court of Appeal upheld the decision. In December 2002, in reasons written by Binnie J. and concurred in unanimously, this Court dismissed the bands' appeals. In February 2003, the Campbell River Band made an access to information request to the federal Department of Justice seeking copies of all records to, from or which make reference to Mr. Binnie concerning the bands' claims against the Crown. Mr. Binnie, when he was Associate Deputy Minister of Justice in 1982-1986, had been responsible for all litigation, except tax matters and cases in Quebec, involving the Government of Canada and had supervisory authority over thousands of cases. The Department of Justice found a number of internal memoranda which indicate that, in late 1985 and early 1986, Mr. Binnie had received some information concerning the Campbell River Band's claim and that he had attended a meeting where the claim was discussed. The Crown filed a motion in this Court seeking directions as to any steps to be taken. Binnie J. recused himself from any further proceedings in this matter and filed a statement setting out that he had no recollection of personal involvement in the case. The bands sought an order setting aside this Court's judgment. Both bands agree that actual bias is not at issue and accept Binnie J.'s statement that he had no

Référence neutre : 2003 CSC 45.

N° du greffe : 27641.

2003 : 23 juin; 2003 : 26 septembre.

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

REQUÊTE SOLLICITANT DES DIRECTIVES**REQUÊTES EN ANNULATION DE JUGEMENT**

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Pourvois de bandes indiennes rejetés par la Cour suprême — Présentation par les bandes indiennes de requêtes en annulation du jugement fondée sur la crainte raisonnable de partialité qui découlerait du rôle joué par un juge dans les demandes des bandes en tant que sous-ministre adjoint de la Justice plus de 15 ans avant l'audition des appels — Le jugement est-il entaché d'une crainte raisonnable de partialité? — Y a-t-il lieu d'annuler le jugement?

En 1985 et 1989 respectivement, la bande de Campbell River et la bande de Cape Mudge ont intenté une action en justice, chacune poursuivant l'autre ainsi que la Couronne et revendiquant le droit exclusif à deux réserves situées dans l'île de Vancouver. En 1995, la section de première instance de la Cour fédérale a rejeté les actions et la Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision. En décembre 2002, notre Cour a rejeté les pourvois des bandes dans des motifs exposés par le juge Binnie, auxquels ont souscrit tous les autres juges de la Cour. En février 2003, la bande de Campbell River a présenté au ministère de la Justice une demande d'accès à l'information dans laquelle elle sollicitait des copies de tous les documents qui soit avaient été expédiées à M. Binnie, soit émanaient de ce dernier ou encore faisaient mention de lui et qui se rapportaient aux demandes présentées contre le gouvernement fédéral par les bandes. Lorsqu'il a occupé le poste de sous-ministre adjoint de la Justice, de 1982 à 1986, M. Binnie était responsable de tous les litiges auxquels était partie le gouvernement fédéral, sauf les affaires fiscales et celles se déroulant au Québec, et il supervisait des milliers de dossiers. Le ministère de la Justice a trouvé un certain nombre de notes de service internes qui indiquent que, à la fin de 1985 et au début de 1986, M. Binnie a reçu certains renseignements concernant la demande de la bande de Campbell River et a assisté à une réunion au cours de laquelle cette demande a été discutée. La Couronne a présenté à notre Cour une requête sollicitant des directives quant aux mesures qui pourraient devoir être prises. Le juge Binnie s'est

recollection of personal involvement in the case. However, they allege that Binnie J.'s involvement as federal Associate Deputy Minister of Justice in the early stages of the Campbell River Band's claim in 1985 and 1986 gives rise to a reasonable apprehension of bias.

Held: The motion for directions and the motions to vacate a judgment should be dismissed. In the circumstances of this case, no reasonable apprehension of bias is established and hence Binnie J. was not disqualified from hearing the appeals or participating in the judgment.

Public confidence in our legal system is rooted in the fundamental belief that those who adjudicate in law must always do so without bias or prejudice and must be perceived to do so. A judge's impartiality is presumed and a party arguing for disqualification must establish that the circumstances justify a finding that the judge must be disqualified. The criterion of disqualification is the reasonable apprehension of bias. The question is what would an informed, reasonable and right-minded person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, conclude. Would he think that it is more likely than not that the judge, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly?

It is necessary to clarify the relationship of this objective standard to two other factors: the subjective consideration of actual bias and the notion of automatic disqualification. Most arguments for disqualification are not based on actual bias. When parties say that there was no actual bias on the part of a judge, it can mean one of three things: (1) that reasonable apprehension is a surrogate for actual bias; (2) that unconscious bias can exist even where the judge acted in good faith; and (3) that looking for real bias is simply not the relevant inquiry since justice should not only be done but must be seen to be done. This third justification for the objective standard of reasonable apprehension of bias envisions the possibility that a judge may be totally impartial in circumstances which nevertheless create a reasonable apprehension of bias, requiring his disqualification. The idea that "justice must be seen to be done" cannot be severed from the

récusé à l'égard de toutes procédures ultérieures dans cette affaire et il a déposé une déclaration précisant qu'il n'avait aucun souvenir d'avoir participé personnellement à ce dossier. Les bandes ont demandé une ordonnance portant annulation du jugement de notre Cour. Les deux bandes reconnaissent qu'il ne s'agit pas d'une affaire de partialité réelle et elles acceptent la déclaration du juge Binnie selon laquelle il n'avait aucun souvenir d'avoir participé personnellement à cette affaire. Cependant, elles font valoir que le rôle joué par le juge Binnie en tant que sous-ministre adjoint de la Justice aux premiers stades de la demande de la bande de Campbell River en 1985 et 1986 fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Arrêt : La requête sollicitant des directives et les requêtes en annulation de jugement sont rejetées. À la lumière des circonstances de l'espèce, aucune crainte raisonnable de partialité n'a été établie et le juge Binnie n'était pas inhabile à connaître des présents pourvois et à participer au jugement.

La confiance du public dans notre système juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant ainsi. L'impartialité du juge doit être présumée et c'est à la partie qui plaide l'inhabilité qu'incombe le fardeau d'établir que les circonstances permettent de conclure que le juge doit être récusé. Le critère de récusation est la crainte raisonnable de partialité. Il consiste à se demander à quelle conclusion arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, le juge, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?

Il est nécessaire de clarifier le rapport entre cette norme objective et deux autres facteurs : le facteur subjectif de la partialité réelle et la notion d'inhabilité automatique. Dans la plupart des cas où l'inhabilité du décideur est invoquée, la partie qui la soulève n'invoque pas la partialité réelle. Lorsque des parties affirment qu'il y avait absence de partialité réelle de la part du juge, cela peut signifier l'une des trois choses suivantes : (1) que la crainte raisonnable de partialité est un critère de remplacement de la partialité réelle; (2) qu'il peut y avoir partialité inconsciente, même lorsque le juge a agi de bonne foi; (3) que la présence ou l'absence de partialité réelle n'est tout simplement pas la bonne question à se poser, puisque justice doit non seulement être rendue mais elle doit également paraître être rendue. Cette troisième justification de la norme objective de la crainte raisonnable de partialité admet la possibilité qu'un juge puisse être totalement

standard of reasonable apprehension of bias. The relevant inquiry is not whether there was in fact either conscious or unconscious bias on the part of the judge, but whether a reasonable person properly informed would apprehend that there was. With respect to the notion of automatic disqualification, recent English case law suggests that automatic disqualification is justified in cases where a judge has an interest in the outcome of a proceeding. This case law is not helpful here because automatic disqualification does not extend to judges somehow involved in the litigation or linked to counsel at an earlier stage. In Canada, proof of actual bias or a reasonable apprehension of bias is required. In any event, on the facts of this case, there is no suggestion that Binnie J. had any financial interest in the appeals, or had such an interest in the subject matter of the case that he was effectively in the position of a party to the cause.

In this case, disqualification can only be based on a reasonable apprehension of bias. In light of the strong presumption of judicial impartiality, the standard refers to an apprehension based on serious grounds. Each case must be examined contextually and the inquiry is fact-specific. Where, as here, the issue of bias arises after judgment has been rendered, it is not helpful to determine whether the judge would have recused himself had the matter come to light earlier. Although the standard remains the same, an abundance of caution guides many, if not most judges, at this early stage, and judges often recuse themselves where it is not legally necessary. Lastly, this Court's dictum that judges should not preside over a case in which they played a part at any stage is but an illustration of the general principle. It does not suggest that any degree of earlier participation in a case is cause for automatic disqualification, but rather suggests that a reasonable and right-minded person would likely view unfavourably the fact that the judge acted as counsel in a case over which he is presiding, and could take this fact as the foundation of a reasonable apprehension of bias.

Here, neither Binnie J.'s past status as Associate Deputy Minister nor his long-standing interest in matters involving First Nations is by itself sufficient to justify his disqualification. The source of concern for the bands is

impartial dans des circonstances faisant néanmoins naître une crainte raisonnable de partialité requérant qu'il soit déclaré inhabile. L'idée selon laquelle « justice doit paraître être rendue » ne peut être dissociée de la norme de la crainte raisonnable de partialité. La question pertinente n'est pas de savoir si, dans les faits, le juge a fait preuve de partialité consciente ou inconsciente, mais si une personne raisonnable et bien renseignée craindrait qu'il y ait eu partialité. Relativement à la notion d'inhabilité automatique, certains arrêts britanniques suggèrent que l'application de cette notion est justifiée lorsque le juge a un intérêt dans l'issue de l'instance. Cette jurisprudence n'est pas utile en l'espèce, parce que la règle de l'inhabilité automatique ne s'applique pas dans les cas où le décideur a, d'une certaine façon, participé au litige ou été en contact avec les avocats aux premiers stades de l'affaire. Au Canada, il faut prouver l'existence de partialité réelle ou d'une crainte raisonnable de partialité. Quoi qu'il en soit, au vu des faits de l'espèce, rien n'indique que le juge Binnie avait quelque intérêt pécuniaire dans les pourvois ou qu'il manifestait pour l'objet de l'affaire un intérêt tel qu'il se trouvait effectivement dans la position d'une partie à la cause.

Dans la présente affaire, l'inhabilité ne peut être invoquée que sur le fondement de la crainte raisonnable de partialité. Vu la forte présomption d'impartialité dont jouissent les tribunaux, la norme exige une crainte de partialité fondée sur des motifs sérieux. Chaque affaire doit être examinée au regard du contexte et des faits qui lui sont propres. Lorsque, comme en l'espèce, la question de l'inhabilité se soulève après le prononcé du jugement et non au début de l'instance, il n'est pas utile de se demander si le juge se serait récusé si la situation avait été connue plus tôt. Quoique la norme reste la même, bon nombre de juges, sinon la plupart d'entre eux, font montre d'une prudence extrême tôt dans l'instance, et il arrive souvent qu'ils se récuse alors qu'ils ne seraient pas légalement tenus de le faire. Enfin, la remarque incidente de notre Cour selon laquelle les juges ne doivent pas siéger dans une cause à laquelle ils ont participé à quelque stade de l'affaire n'est qu'une illustration du principe général. Elle ne dit pas que toute participation dans le passé à une affaire est automatiquement cause d'inhabilité, mais elle indique plutôt qu'une personne sensée et raisonnable verrait vraisemblablement d'un mauvais oeil le fait que le juge a agi comme avocat dans une affaire dont il est saisi, et que cette personne pourrait considérer que ce fait naître une crainte raisonnable de partialité.

En l'espèce, ni le fait que le juge Binnie ait dans le passé occupé la charge de sous-ministre adjoint ni son intérêt de longue date pour les questions concernant les Premières nations ne justifient en soi de conclure

Binnie J.'s involvement in this case in the mid-1980s. The documentary record, however, does not support a reasonable apprehension of bias. Binnie J.'s involvement in the dispute was confined to a limited supervisory and administrative role. While his link to this litigation exceeded *pro forma* management of the files, he was never counsel of record and played no active role after the claim was filed, nor did he plan litigation strategy. Any views attributed to Binnie J. earlier on were offered in the context of wider implications of the negotiation process, and not in the context of litigation. Furthermore, in his capacity of Associate Deputy Minister, he was responsible for thousands of files at the relevant time and the matter on which he was involved in this file was not unique to this case but was an issue of general application to existing reserves in British Columbia. More importantly, Binnie J.'s supervisory role dates back over 15 years. This lengthy period is significant in relation to Binnie J.'s statement that he had no recollection of his involvement because it is a factor that a reasonable person would properly consider, and it makes bias or its apprehension improbable. Nor would a reasonable person, viewing the matter realistically, conclude that Binnie J.'s ability to remain impartial was unconsciously affected by a limited administrative and supervisory role dating back over 15 years.

Even if the involvement of a single judge had given rise to a reasonable apprehension of bias in this case, no reasonable person informed of the decision-making process of this Court and viewing it realistically could conclude that the eight other judges who heard the appeals were biased or tainted.

Cases Cited

Applied: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **distinguished:** *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272; **referred to:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *R. v. Gough*, [1993] A.C. 646; *The Queen v. Barnsley Licensing Justices*, [1960] 2 Q.B. 167; *The King v. Sussex Justices, Ex parte*

à son inhabilité. La préoccupation des bandes est la participation du juge Binnie à la présente affaire au milieu des années 1980. La preuve documentaire n'étaye toutefois pas l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Le juge Binnie n'a joué dans le différend en cause qu'un rôle de supervision et d'administration limité. Bien que le lien entre le juge Binnie et le présent litige ait dépassé la gestion *pro forma* des dossiers, ce dernier n'a jamais été l'avocat inscrit au dossier et il n'a pas joué de rôle actif dans le différend après le dépôt de l'action ni planifié la stratégie d'instance. Les opinions attribuées au juge Binnie ont été formulées dans le contexte des répercussions plus larges du processus de négociation plutôt que dans le contexte du litige. De plus, en sa qualité de sous-ministre adjoint, il était responsable de milliers de dossiers à l'époque pertinente et la question sur laquelle il s'est penché dans la présente affaire ne touchait pas exclusivement celle-ci mais concernait en général les réserves existantes en Colombie-Britannique. Fait plus important encore, le rôle limité de supervision qu'a joué le juge Binnie remonte à plus de 15 ans. Ce très long délai est important en ce qui concerne la déclaration du juge Binnie selon laquelle il n'avait aucun souvenir de sa participation à cette affaire, parce qu'il s'agit d'un facteur dont la personne raisonnable tiendrait à juste titre compte et qui rend improbable l'existence de partialité ou de crainte de partialité. Considérant la question de façon réaliste, cette personne ne conclurait pas non plus que le rôle limité d'administration et de supervision qu'a joué le juge Binnie dans ce dossier, il y a de cela plus de 15 ans, a inconsciemment influencé sa capacité de demeurer impartial.

Même si le rôle joué par un seul juge avait fait naître une crainte raisonnable de partialité en l'espèce, aucune personne raisonnable connaissant le processus décisionnel de notre Cour et le considérant de façon réaliste ne saurait conclure que les huit autres juges étaient partiaux ou ont été influencés.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272; **arrêts mentionnés :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *R. c. Gough*, [1993] A.C. 646; *The Queen c. Barnsley Licensing Justices*, [1960] 2 Q.B. 167; *The King c.*

McCarthy, [1924] 1 K.B. 256; *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301; *Man O'War Station Ltd. v. Auckland City Council (Judgment No. 1)*, [2002] 3 N.Z.L.R. 577, [2002] UKPC 28; *Panton v. Minister of Finance*, [2001] 5 L.R.C. 132, [2001] UKPC 33.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, Rule 3.

Authors Cited

Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa: The Council, 1998.
 Wilson, Bertha. "Decision-making in the Supreme Court" (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

MOTION FOR DIRECTIONS and MOTIONS TO VACATE a judgment of the Supreme Court of Canada, *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79. Motions dismissed.

Michael P. Carroll, Q.C., and *Malcolm Maclean*, for the appellants Roy Anthony Roberts et al.

John D. McAlpine, Q.C., and *Allan Donovan*, for the respondents/appellants Ralph Dick et al.

J. Vincent O'Donnell, Q.C., and *Jean Bélanger*, for the respondent Her Majesty the Queen.

Written submissions only by *Patrick G. Foy, Q.C.*, and *Angus M. Gunn, Jr.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Peter R. Grant* and *David Schulze*, for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band.

The following is the judgment delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND GONTHIER, IACOBUCCI, MAJOR, BASTARACHE, ARBOUR, LEBEL AND DESCHAMPS JJ. —

I. Introduction

The Wewaykum or Campbell River Indian Band ("Campbell River") and the Wewaikai or Cape

Sussex Justices, Ex parte McCarthy, [1924] 1 K.B. 256; *Dimes c. Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301; *Man O'War Station Ltd. c. Auckland City Council (Judgment No. 1)*, [2002] 3 N.Z.L.R. 577, [2002] UKPC 28; *Panton c. Minister of Finance*, [2001] 5 L.R.C. 132, [2001] UKPC 33.

Lois et règlements cités

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 3.

Doctrine citée

Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*. Ottawa : Le Conseil, 1998.
 Wilson, Bertha. "Decision-making in the Supreme Court" (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

REQUÊTE SOLLICITANT DES DIRECTIVES et REQUÊTES EN ANNULATION de l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79. Requêtes rejetées.

Michael P. Carroll, c.r., et *Malcolm Maclean*, pour les appelants Roy Anthony Roberts et autres.

John D. McAlpine, c.r., et *Allan Donovan*, pour les intimés/appellants Ralph Dick et autres.

J. Vincent O'Donnell, c.r., et *Jean Bélanger*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Argumentation écrite seulement par *Patrick G. Foy, c.r.*, et *Angus M. Gunn, Jr.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Peter R. Grant* et *David Schulze*, pour les intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell.

Version française du jugement rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LES Juges GONTHIER, IACOBUCCI, MAJOR, BASTARACHE, ARBOUR, LEBEL ET DESCHAMPS —

I. Introduction

La bande indienne Wewaykum ou bande indienne de Campbell River (ci-après la « bande de

Mudge Indian Band (“Cape Mudge”) allege that the unanimous judgment of this Court in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, with reasons written by Justice Binnie, is tainted by a reasonable apprehension of bias and should be set aside. The alleged reasonable apprehension of bias is said to arise from Binnie J.’s involvement in this matter in his capacity as federal Associate Deputy Minister of Justice over 15 years prior to the hearing of the bands’ appeals by this Court.

An allegation that a judgment may be tainted by bias or by a reasonable apprehension of bias is most serious. That allegation calls into question the impartiality of the Court and its members and raises doubt on the public’s perception of the Court’s ability to render justice according to law. Consequently, the submissions in support of the applicant bands and the other parties have been examined in detail as reflected in the following reasons.

After an analysis of the allegations and the record upon which they are based, all of which is attached as an appendix to these reasons, we have concluded that no reasonable apprehension of bias is established and hence that Binnie J. was not disqualified. The involvement of Binnie J. in this dispute was confined to a limited supervisory and administrative role, over 15 years prior to the hearing of the appeals. In his written statement filed as part of the record, Binnie J. has stated that he has no recollection of any involvement in this litigation, and no party disputes that fact. In light of this and for the reasons which follow, we are of the view that a reasonable person could not conclude that Binnie J. was suffering from a conscious or unconscious bias when he heard these appeals, and that, in any event, the unanimous judgment of this Court should not be disturbed. Accordingly, the motions to set aside this Court’s judgment of December 6, 2002, are dismissed.

Campbell River ») et la bande indienne Wewaiikai ou bande indienne de Cape Mudge (ci-après la « bande de Cape Mudge ») prétendent que la décision unanime de la Cour dans l’arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, dont les motifs ont été exposés par le juge Binnie, est entachée d’une crainte raisonnable de partialité et devrait être annulée. Cette crainte raisonnable de partialité découlerait de la participation du juge Binnie à ce dossier en qualité de sous-ministre adjoint fédéral de la Justice plus de 15 ans avant l’audition des pourvois formés devant notre Cour par les bandes susmentionnées.

Le fait de prétendre qu’un jugement est entaché de partialité ou d’une crainte raisonnable de partialité constitue une très grave allégation. Une telle allégation met en question l’impartialité de la Cour et de ses juges et fait naître dans le public des doutes quant à la capacité de la Cour de rendre justice conformément au droit. Par conséquent, les observations présentées par les bandes requérantes et les autres parties ont été examinées minutieusement, comme en témoignent les motifs qui suivent.

Après analyse des allégations et des éléments sur lesquels elles reposent, éléments figurant tous à l’annexe des présents motifs, nous concluons qu’aucune crainte raisonnable de partialité n’a été établie et que, en conséquence, le juge Binnie n’était pas inhabile à connaître de l’affaire. Le juge Binnie n’a joué dans le différend en cause qu’un rôle de supervision et d’administration limité, et ce plus de 15 ans avant l’audition des pourvois. Dans sa déclaration écrite, qui a été versée au dossier des présentes requêtes, le juge Binnie affirme n’avoir aucun souvenir d’avoir participé au litige en cause et aucune des parties ne conteste cette affirmation. À la lumière de ce qui précède et pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis, d’une part, qu’une personne raisonnable ne saurait conclure que le juge Binnie a fait montre, consciemment ou inconsciemment, de partialité lorsqu’il a entendu les pourvois, et, d’autre part, qu’il n’y a de toute façon pas lieu d’écarter l’arrêt unanime de notre Cour. Par conséquent, les requêtes sollicitant l’annulation de l’arrêt rendu par la Cour le 6 décembre 2002 sont rejetées.

2

3

II. Factual Background

4

The bands have each presented motions to set aside the unanimous judgment of this Court, dated December 6, 2002, with reasons written by Binnie J. The judgment dismissed their appeals from an order of the Federal Court of Appeal. The motions to set aside allege that Binnie J.'s involvement as federal Associate Deputy Minister of Justice in the early stages of Campbell River's claim in 1985 and 1986 gives rise to a reasonable apprehension of bias by properly informed and right-thinking members of the public. These motions were brought following an application by the Crown in right of Canada for directions and were heard on June 23, 2003. Binnie J. had recused himself from any participation in this process after filing a statement as part of this record indicating that he had no recollection of participating in the litigation process involving these claims while serving in the Department of Justice.

5

Prior to his appointment to the Supreme Court of Canada in 1998, Binnie J. had a long and varied career as a practising lawyer. Called to the Ontario Bar in 1967, Binnie J. practised litigation with Wright & McTaggart and successor firms until 1982. Between 1982 and 1986, and of most relevance to these motions, Binnie J. served as Associate Deputy Minister of Justice for Canada, having joined the federal civil service on a secondment. As Associate Deputy Minister of Justice, Binnie J. was responsible for all litigation involving the government of Canada, except cases originating from the province of Quebec and tax litigation. He also had special responsibilities for aboriginal matters. Upon leaving the Department of Justice on July 31, 1986, Binnie J. joined the firm of McCarthy Tétrault where he remained until his appointment to this Court. Understandably, when Binnie J. left the Department of Justice, the files he worked on, in accordance with usual practice, remained with the Department of Justice. As a result, in the absence of recollection, judges who leave their firms or institutions do not have the ability to examine their

II. Les faits

Chacune des deux bandes a présenté une requête sollicitant l'annulation de l'arrêt unanime de notre Cour daté du 6 décembre 2002, dont les motifs ont été exposés par le juge Binnie. Cet arrêt a rejeté les pourvois formés par les bandes à l'encontre d'une ordonnance de la Cour d'appel fédérale. Dans leurs requêtes, les bandes prétendent que le rôle joué par le juge Binnie en tant que sous-ministre adjoint de la Justice aux premiers stades de la demande de la bande de Campbell River en 1985 et 1986 ferait naître, chez une personne bien renseignée et sensée, une crainte raisonnable de partialité. Ces requêtes, qui ont été déposées à la suite de la présentation par la Couronne d'une requête sollicitant des directives, ont été entendues le 23 juin 2003. Le juge Binnie s'est récusé relativement à ces requêtes, après avoir versé au dossier une déclaration indiquant qu'il n'avait aucun souvenir d'avoir participé au litige concernant les revendications en cause pendant qu'il travaillait au ministère de la Justice.

Avant d'être nommé juge à la Cour suprême du Canada en 1998, le juge Binnie a eu une carrière longue et diversifiée en tant que praticien. Admis au Barreau de l'Ontario en 1967, le juge Binnie a, jusqu'en 1982, été avocat plaideur au sein de l'étude Wright et McTaggart et des divers cabinets qui ont remplacé cette étude. De 1982 à 1986, période pertinente à l'égard des requêtes dont nous sommes saisis, le juge Binnie a été sous-ministre adjoint fédéral de la Justice, ayant joint les rangs de la fonction publique dans le cadre d'un détachement. À titre de sous-ministre adjoint de la Justice, le juge Binnie était responsable de tous les litiges auxquels était partie le gouvernement fédéral, sauf les affaires fiscales et les litiges émanant du Québec. Il assumait également des responsabilités particulières à l'égard des questions autochtones. Après avoir quitté le ministère de la Justice le 31 juillet 1986, le juge Binnie s'est joint au cabinet McCarthy Tétrault, où il est resté jusqu'à sa nomination à notre Cour. Évidemment, à son départ du ministère de la Justice, les dossiers auxquels il avait travaillé sont demeurés au

previous files in order to verify whether there has been any prior involvement in a matter coming before them.

To distinguish between his role as judge and as Associate Deputy Minister, Justice Binnie is referred to in these reasons as Binnie J. and Binnie respectively.

A. *The Original Appeals*

To understand the allegations of reasonable apprehension of bias, it is necessary to examine the factual and procedural background of this case. Campbell River and Cape Mudge are sister bands of the Laich-kwil-tach First Nation. Since the end of the 19th century, members of each band have inhabited two reserves located a few miles from each other on the east coast of Vancouver Island. In particular, members of Campbell River inhabit Reserve No. 11 (Campbell River) and members of Cape Mudge inhabit Reserve No. 12 (Quinsam). In 1985 and 1989 respectively, Campbell River and Cape Mudge instituted legal proceedings against each other and the Crown. In these proceedings, each band claimed exclusive entitlement to both Reserves Nos. 11 and 12.

The bands' claims rely on a historical review of the process that led to the creation of the two reserves. In 1888, Mr. Ashdown Green, a federal government surveyor, recommended the creation of these reserves. In his report, however, he did not allocate the reserves to a particular band but rather to the Laich-kwil-tach Indians. The first Schedule of Indian Reserves, published in 1892 by the Department of Indian Affairs, listed Reserves Nos. 11 and 12 as belonging to Laich-kwil-tach Indians without any indication of how the reserves were to be distributed between the bands of the Laich-kwil-tach Indians. By 1902, the Schedule indicated that both reserves were allocated to the "Wewayakay" (Cape Mudge) Band. The Schedule allocated

ministère, conformément à la pratique habituelle en la matière. Par conséquent, les juges qui n'ont pas souvenir d'avoir participé à une affaire dont ils sont saisis n'ont pas la possibilité de consulter les dossiers qu'ils ont laissés à leur ancien cabinet ou organisme pour vérifier s'ils ont ou non participé à l'affaire en question.

Dans les présents motifs, les expressions « juge Binnie » et « M. Binnie » sont utilisées pour désigner celui-ci, selon qu'il est question de son rôle en tant que juge ou en tant que sous-ministre adjoint de la Justice.

A. *Les pourvois originaux*

Pour bien comprendre les allégations de crainte raisonnable de partialité, il est nécessaire d'examiner le contexte factuel et procédural de la présente affaire. La bande de Campbell River et la bande de Cape Mudge sont des bandes sœurs de la Première nation Laich-kwil-tach. Depuis la fin du 19^e siècle, les membres de ces bandes habitent des réserves situées à quelques milles l'une de l'autre sur la côte est de l'île de Vancouver. Plus précisément, les membres de la bande de Campbell River habitent la réserve n^o 11 (Campbell River) et les membres de la bande de Cape Mudge la réserve n^o 12 (Quinsam). En 1985 et 1989 respectivement, chacune des deux bandes a intenté une action en justice contre l'autre bande et contre la Couronne, revendiquant le droit exclusif aux deux réserves.

Les actions des bandes reposent sur un examen historique du processus ayant abouti à la création des deux réserves. En 1888, M. Ashdown Green, arpenteur du gouvernement fédéral, a recommandé la création de ces réserves. Dans son rapport, toutefois, il n'a pas attribué les réserves à une bande en particulier, mais plutôt aux Indiens Laich-kwil-tach. Le premier répertoire des réserves indiennes, publié en 1892 par le ministère des Affaires indiennes de l'époque, indiquait que les réserves n^{os} 11 et 12 appartenaient aux Indiens Laich-kwil-tach, sans préciser de quelle façon elles devaient être réparties entre les bandes faisant partie de la Première nation Laich-kwil-tach. En 1902, le répertoire indiquait que les deux réserves

6

7

8

Reserves Nos. 7 through 12 to Cape Mudge. The name of the Cape Mudge Band (“Wewayakay”) was written in the entry corresponding to Reserve No. 7. Ditto marks were used to reproduce the same reference for entries corresponding to Reserves Nos. 8 through 12.

9 The allocation of Reserve No. 11 to Cape Mudge created difficulties. Cape Mudge was not and had never been in possession of Reserve No. 11. Members of Campbell River had occupied the reserve for several years to the exclusion of Cape Mudge. In 1905, a disagreement between the two bands over fishing rights in the Campbell River led to a dispute over possession of Reserve No. 11. In 1907, this dispute was settled by a resolution in which Cape Mudge ceded to Campbell River any claim to Reserve No. 11, subject to retaining fishing rights in the area. This resulted in the Department of Indian Affairs modifying the 1902 Schedule of Indian Reserves by marking “We-way-akum band” (Campbell River) in the entry corresponding to Reserve No. 11. By inadvertence, the “ditto marks” in the subsequent entry corresponding to Reserve No. 12 were not altered creating the erroneous appearance that Reserve No. 12 was also allocated to Campbell River. However, the alteration of the Schedule was intended to refer only to Reserve No. 11 and there was no intention to make any change to Reserve No. 12.

10 In 1912, the McKenna McBride Commission was established to address continuing disagreements between the federal and provincial governments about the size and number of reserves in British Columbia. The Commission acknowledged that Reserve No. 11 was properly allocated to Campbell River but noted the irregularity that was the source of the confusion with respect to Reserve No. 12. Nevertheless, the Commission made no alteration to the Schedule so that matters remained with Cape Mudge occupying Reserve No. 12 and Campbell River occupying Reserve No. 11 subject to the fishing rights in the

étaient attribuées à la bande « Wewayakay » (Cape Mudge). Le nom de la bande de Cape Mudge « Wewayakay » était inscrit sur la ligne correspondant à la réserve n° 7 et des guillemets de répétition étaient utilisés à la place de ce nom sur les lignes correspondant aux réserves n°s 8 à 12.

L’attribution de la réserve n° 11 à la bande de Cape Mudge a engendré des difficultés, étant donné que cette bande n’était alors pas en possession de cette réserve et ne l’avait d’ailleurs jamais été. Les membres de la bande de Campbell River l’occupaient exclusivement depuis plusieurs années. En 1905, un différend entre les deux bandes au sujet des droits de pêche dans la rivière Campbell s’est étendu à la possession de la réserve n° 11. En 1907, le différend a été réglé au moyen d’une résolution par laquelle la bande de Cape Mudge cédait à la bande de Campbell River tout droit à la réserve n° 11, conservant toutefois des droits de pêche dans ce secteur. Cette démarche a amené le ministère des Affaires indiennes à modifier le répertoire des réserves indiennes de 1902 en inscrivant le nom [TRADUCTION] « Bande We-way-akum » (Campbell River) sur la ligne correspondant à la réserve n° 11. Par inadvertance, on a laissé les « guillemets de répétition » figurant sur la ligne suivante correspondant à la réserve n° 12, donnant ainsi faussement l’impression que cette réserve était elle aussi attribuée à la bande de Campbell River. Cependant, la modification du répertoire ne visait que la réserve n° 11 et on n’avait nullement entendu apporter quelque changement que ce soit à la situation de la réserve n° 12.

En 1912, la Commission McKenna McBride a été établie et chargée d’examiner les différends qui persistaient entre le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique relativement au nombre et à la taille des réserves dans cette province. La Commission a reconnu que la réserve n° 11 avait à juste titre été attribuée à la bande de Campbell River, mais elle a relevé l’irrégularité à l’origine de la confusion touchant la réserve n° 12. Néanmoins, la Commission n’a pas modifié le répertoire, de sorte que la bande de Cape Mudge a continué d’occuper la réserve n° 12 et la bande de Campbell River la réserve n° 11, sous réserve des

waters of the Campbell River given to Cape Mudge.

The McKenna McBride Report did not receive approval by the province. Both the provincial and federal governments then established the Ditchburn Clark Commission to resolve the outstanding federal-provincial disagreements. In its 1923 report, the Ditchburn Clark Commission restated the position proposed in the McKenna McBride Report concerning Reserves Nos. 11 and 12. In 1924, both levels of government adopted the McKenna McBride recommendations as modified by the Ditchburn Clark Commission. In 1938, a provincial Order-in-Council was issued transferring administration and control of the reserve lands to the federal Crown.

In the 1970s, a dispute between the bands resurfaced. Eventually, in December 1985, Campbell River started an action against the Crown and Cape Mudge in the Federal Court. It claimed that the Crown had acted in breach of its fiduciary duty, had acted negligently, had committed fraud, equitable fraud and deceit, and had breached and continued to breach statutory duties owed to Campbell River. Campbell River further claimed that Cape Mudge had trespassed and continued to trespass on Reserve No. 12. In 1989, Cape Mudge counterclaimed against Campbell River and brought its own claim against the Crown. Cape Mudge claimed that the Crown had breached its fiduciary duty, duty of trust and statutory duties under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Each band thus claimed both reserves for itself, but sought compensation from the Crown as relief rather than dispossession of either band from their respective Reserves Nos. 11 and 12.

The two joined actions were heard together in the Federal Court, Trial Division by Teitelbaum J.

droits de pêche dans la rivière Campbell accordés à la bande de Cape Mudge.

Le rapport McKenna McBride n'a pas reçu l'aval de la province. Les gouvernements fédéral et provincial ont alors établi la Commission Ditchburn Clark en vue de résoudre les différends qui continuaient de les opposer. Dans le rapport qu'elle a produit en 1923, la Commission Ditchburn Clark a repris la position avancée dans le rapport McKenna McBride relativement aux réserves n^{os} 11 et 12. En 1924, les deux gouvernements ont adopté les recommandations de la Commission McKenna McBride, telles qu'elles avaient été modifiées par la Commission Ditchburn Clark. En 1938, la province a pris un décret transférant à la Couronne fédérale la maîtrise et l'administration des terres relatives aux réserves.

Le différend opposant les bandes a repris naissance dans les années 1970. En fin de compte, en décembre 1985, la bande de Campbell River a intenté une action en Cour fédérale contre la Couronne et la bande de Cape Mudge. L'action reprochait à la Couronne d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire, de s'être rendue coupable de négligence, de fraude, de fraude en equity et de dol, en plus d'avoir manqué et de continuer à manquer à ses obligations légales envers la bande de Campbell River. Cette dernière a également prétendu que la bande de Cape Mudge était coupable d'intrusion et d'intrusion permanente sur la réserve n^o 12. En 1989, la bande de Cape Mudge a présenté une demande reconventionnelle contre la bande de Campbell River ainsi qu'une action contre la Couronne. La bande de Cape Mudge reprochait à la Couronne d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire, à son devoir de loyauté et aux obligations qui lui incombent en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Par conséquent, chaque bande revendiquait les deux réserves (11 et 12) pour elle-même, mais, à titre de réparation, demandait au tribunal non pas de déposséder l'autre bande de sa réserve mais plutôt de condamner la Couronne à lui verser une indemnité.

Les deux actions ont été réunies et entendues ensemble par le juge Teitelbaum de la section

11

12

13

The trial lasted 80 days and the actions were dismissed on September 19, 1995 (99 F.T.R. 1). The bands appealed to the Federal Court of Appeal. By unanimous judgment the appeals were dismissed on October 12, 1999 (247 N.R. 350).

de première instance de la Cour fédérale. Le procès a duré 80 jours et les actions ont été rejetées le 19 septembre 1995 (99 F.T.R. 1). Les bandes ont interjeté appel à la Cour d'appel fédérale, qui les a déboutées de leur appel dans un jugement unanime rendu le 12 octobre 1999 (247 N.R. 350).

14 The bands applied for and were granted leave to appeal on October 12, 2000, [2000] 2 S.C.R. vii. The appeals were heard by the full Court on December 6, 2001. On December 6, 2002, in reasons written by Binnie J. and concurred in unanimously, the appeals were dismissed. The Court held that the Crown had not breached its fiduciary duty to either band. In any event, it found that the equitable defences of laches and acquiescence were available to the Crown. As well, the Court concluded that the bands' claims were statute barred under the applicable statutes of limitations.

Les bandes ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, autorisation qui leur a été accordée le 12 octobre 2000, [2000] 2 R.C.S. vii. Les appels ont été entendus par la Cour au complet le 6 décembre 2001 et, le 6 décembre 2002, ils ont été rejetés dans des motifs exposés par le juge Binnie et auxquels ont souscrit tous les autres juges de la Cour. Celle-ci a jugé que la Couronne n'avait pas manqué à son obligation de fiduciaire envers l'une ou l'autre bande et que, de toute façon, la Couronne pouvait invoquer des moyens de défense fondés sur l'équité, à savoir l'acquiescement et le manque de diligence. En outre, la Cour a conclu que les actions des bandes étaient prescrites en vertu des dispositions législatives applicables en la matière.

B. *The Access to Information Request*

B. *La demande d'accès à l'information*

15 In February 2003, a request under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, made by Campbell River was received by the Department of Justice. The request sought:

En février 2003, le ministère de la Justice a reçu une demande d'accès à l'information présentée par la bande de Campbell River en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1. Dans cette demande, la bande sollicitait la communication des éléments suivants :

. . . copies of all records, including letters, correspondence and internal memoranda to, from or which make reference to Mr. William Binnie (Ian Binnie) [now Justice Binnie] in the matter of the claim against Canada by the Wewaykum (or Campbell River) Indian Band and the Wewaikai (or Cape Mudge) Indian Band for Quinsam IR 12 and Campbell River IR 11 between the years 1982 and 1986.

[TRADUCTION] . . . copies, pour la période de 1982 à 1986, de tous documents, notamment lettres, correspondance et notes de service internes qui soit avaient été expédiées à M. William Binnie (Ian Binnie) [maintenant le juge Binnie], soit émanaient de ce dernier ou encore faisaient mention de lui et qui se rapportaient à la demande présentée contre le gouvernement fédéral par la bande indienne Wewaykum (ou Campbell River) et la bande indienne Wewaikai (ou Cape Mudge) à l'égard de la RI 12 Quinsam et la RI 11 Campbell River.

16 During the hearing of these motions, counsel for Campbell River explained the origin of the access to information request. Subsequent to the release of the Court's reasons, the band's solicitor, Mr. Robert

Durant l'audition des requêtes dont nous sommes saisis, les avocats de la bande de Campbell River ont expliqué les origines de la demande d'accès à l'information. À la suite du dépôt des motifs de la

T. Banno, reviewed the reasons with the band and, as stated by its counsel, the band was upset both by the tone and the result of the appeal. Counsel for Campbell River stated that:

They were upset, quite frankly, with the tenor of the reasons in the sense that the claim had been dismissed; some of the words used were "a paper claim". And in effect they thought, as parties sometimes feel when they lose cases, that their arguments had not been properly addressed.

Counsel for Campbell River offered the following explanation as to why an unsuccessful litigant would be unusually inclined to present an access to information request about one of the authors of the reasons of the Court:

Now, one could look at the FOI [freedom of information] request and could sort of infer something from it other than perhaps a proper -- well, something improper about doing it. In my submission, what happens if a client is upset, an FOI request may be the very thing to satisfy that client or that litigant that everything is fine. I mean that may be the type of situation that comes back -- the FOI request comes back with nothing and the client is satisfied. Well, the chips fall where they fall. . . .

. . . in something like this, in sitting down with a client and -- a litigant and explaining what has happened, this is the kind of thing that helps explain what has happened. You say, look, there is nothing untoward here, everything is above board.

. . . in my submission, there should be no improper motive at all attributed to the filing of that information. That sometimes helps lawyers explain to litigants, helps quell those kinds of concerns.

Counsel for Campbell River offered this explanation as a rejection of any suggestion that Binnie J.'s involvement in the band's claim as Associate Deputy Minister in the Department of Justice

Cour, un autre des avocats de la bande, M. Robert T. Banno, a examiné ces motifs en compagnie de la bande et, comme l'ont rapporté les avocats de celle-ci en l'espèce, la bande était contrariée par le résultat du pourvoi et par le ton des motifs. Les avocats de la bande de Campbell River ont dit ceci :

[TRADUCTION] Ils étaient contrariés, pour être franc, par la teneur des motifs, en ce sens que l'action avait été rejetée; voici des mots qui ont été utilisés « revendications repos[a]nt sur des documents ». Et dans les faits ils estimaient, comme le font parfois les parties qui ont perdu leur procès, que leurs arguments n'avaient pas été considérés adéquatement.

Les avocats de la bande de Campbell River ont avancé l'argument suivant pour expliquer pourquoi une partie qui n'a pas eu gain de cause serait portée à présenter, geste par ailleurs inhabituel, une demande d'accès à l'information concernant l'un des auteurs des motifs de la Cour :

[TRADUCTION] Bon, il est possible de regarder la demande d'accès à l'information et d'y voir quelque chose d'autre qui ne serait peut-être pas approprié -- bien, qu'il y aurait quelque chose d'inapproprié à agir ainsi. Selon moi, dans le cas où le client est contrarié, une demande d'accès à l'information peut bien s'avérer la mesure qui saura convaincre le client ou la partie que tout est correct. Je veux dire qu'il peut s'agir du genre de situation où en bout de ligne -- la demande d'accès à l'information ne révèle rien et où le client est satisfait. Bien, adienne que pourra. . .

. . . dans une situation comme celle-là, lorsqu'on s'assoit avec un client et -- une partie et qu'on lui explique ce qui s'est passé, c'est le genre de mesure qui aide à expliquer ce qui est arrivé. On lui dit, regarde, il ne s'est rien passé de répréhensible, tout est régulier.

. . . selon moi, il ne faut pas attribuer le dépôt de cette demande d'information à quelque motif inapproprié. Une telle mesure aide parfois les avocats à expliquer les choses aux parties, à dissiper ce genre d'inquiétudes.

Les avocats de la bande de Campbell River ont fourni ces explications afin de réfuter toute suggestion voulant qu'on ait soupçonné, avant ou pendant le pourvoi devant notre Cour, le rôle du juge Binnie

17

18

many years previous was suspected prior to or during the hearing before this Court but only investigated subsequently when a negative decision was rendered.

C. *Results of the Access to Information Request*

19

Pursuant to the access to information request, the Department of Justice found a number of internal memoranda to, from or making reference to Binnie and related to Campbell River's claim. These memoranda show that in late 1985 and early 1986, Binnie, in his capacity at that time as Associate Deputy Minister of Justice, received some information and attended a meeting in the early stages of Campbell River's claim. On May 23, 2003, the Assistant Deputy Attorney General, James D. Bissell, Q.C., wrote the Registrar of the Supreme Court of Canada to inform her that as a result of the preparation of the Department's response to the access to information request, it appeared "that Mr. W.I.C. Binnie in 1985 and early 1986, in the course of his duties as Associate Deputy Minister of Justice, participated in discussions with Department of Justice counsel in the *Wewaykum* [Campbell River] *Indian Band* case".

20

Accompanying Assistant Deputy Attorney General Bissell's letter to the Registrar were several documents, dated between 1985 and 1988, referring to Mr. Binnie and the Campbell River claim against Canada in regard to Reserves Nos. 11 and 12. Assistant Deputy Attorney General Bissell advised the Registrar that, in view of its duty as an officer of the Court, the Department was waiving solicitor-client privilege to these documents and that they would be provided to the requester under the *Access to Information Act*. He also advised that the Department intended to file a motion for directions, pursuant to Rule 3 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, as to what steps, if any, should be

relativement à la demande de la bande il y a de cela de nombreuses années en tant que sous-ministre adjoint au sein du ministère de la Justice, mais qu'on n'ait enquêté à ce sujet qu'une fois rendue la décision défavorable.

C. *Résultats de la demande d'accès à l'information*

Par suite de la demande d'accès à l'information, le ministère de la Justice a trouvé un certain nombre de notes de service internes qui soit avaient été expédiées à M. Binnie, soit émanaient de ce dernier ou encore faisaient mention de lui et qui se rapportaient à la demande de la bande de Campbell River. Ces notes de service indiquent que, à la fin de 1985 et au début de 1986, M. Binnie, en sa qualité de sous-ministre adjoint de la Justice à l'époque, a reçu certains renseignements et assisté à une réunion au cours des premiers stades de la demande de la bande de Campbell River. Le 23 mai 2003, le sous-procureur général adjoint, James D. Bissell, c.r., a écrit à la registraire de la Cour suprême du Canada pour l'informer que, par suite de la préparation de la réponse du ministère à la demande d'accès à l'information, il semblait ressortir de l'information colligée [TRADUCTION] « que M. W.I.C. Binnie, en 1985 et au début de 1986, dans le cours de ses fonctions de sous-ministre adjoint de la Justice, a participé à des discussions avec des avocats du ministère de la Justice relativement à l'affaire *Bande indienne Wewaykum* [Campbell River] ».

Étaient joints à la lettre adressée à la registraire par le sous-procureur général adjoint Bissell plusieurs documents, datés de 1985 à 1988, faisant état du nom de M. Binnie et de la demande de la bande de Campbell River contre le gouvernement fédéral relativement aux réserves n^{os} 11 et 12. M. Bissell indiquait à la registraire que, en tant qu'auxiliaire de la justice, le ministère de la Justice renonçait au privilège du secret professionnel de l'avocat à l'égard de ces documents et que ceux-ci seraient communiqués à l'auteur de la demande d'accès présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il a également indiqué que le ministère entendait présenter, conformément à l'art. 3 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, une

taken by reason of the information found in his letter. Attached to the letter was a Statement setting forth the following factual information that is part of the motion record:

1. The case of *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] S.C.C. 79, file no. 27641 was heard in the Supreme Court of Canada on December 6, 2001 and judgment was rendered December 6, 2002.
2. The original claim in the case was filed in December 1985 and the original Defense on behalf of the Crown was filed on February 28, 1986.
3. The trial judgment was released by the Federal Court Trial Division on September 19, 1995 and the appeal judgment was released on October 12, 1999 by the Federal Court of Appeal.
4. Mr. W.I.C. Binnie was Associate Deputy Minister of Justice from September 2nd, 1982 until July 31st, 1986; at that time he left the Department of Justice and entered private practice.
5. As Associate Deputy Minister, Mr. Binnie's duties included responsibility for all litigation, civil as well as criminal matters, involving the Government of Canada as a party, arising in the common law provinces and territories of Canada; in that context he would have had under his general supervisory authority thousands of cases. In addition to his responsibilities for litigation, Mr. Binnie was also responsible for Native Law in the Department.
6. In the course of the preparation of a response to a request for information under the *Access to Information Act* received in February 2003, it has come to light that Mr. Binnie had occasion to discuss the case with Department of Justice counsel, in late 1985 and early 1986.
7. In the course of preparing for the hearing of the case before the Supreme Court of Canada, Department of Justice counsel noted the fact of Mr. Binnie's position as Associate Deputy Minister in 1985 and 1986, and asked themselves whether Mr. Binnie had had any specific involvement in the case.
8. Counsel did not conduct a thorough examination of the files. Consequently, Mr. Binnie's involvement was not discovered by counsel at that time.

requête sollicitant des directives quant aux démarches qui pourraient devoir être prises en raison des renseignements figurant dans sa lettre. Était annexée à cette lettre une déclaration énonçant les faits suivants qui font partie du dossier présenté au soutien de la requête :

[TRADUCTION]

1. L'affaire *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] C.S.C. 79, n° du greffe 27641 a été entendue par la Cour suprême du Canada le 6 décembre 2001 et jugement a été rendu le 6 décembre 2002.
2. La déclaration initiale dans cette affaire a été déposée en décembre 1985 et la défense initiale de la Couronne a été déposée le 28 février 1986.
3. La Section de première instance de la Cour fédérale a rendu jugement le 19 septembre 1995 et la Cour d'appel fédérale le 12 octobre 1999.
4. M. W.I.C. Binnie a occupé la charge de sous-ministre adjoint de la Justice du 2 septembre 1982 jusqu'au 31 juillet 1986, date à laquelle il a quitté le ministère de la Justice pour aller exercer le droit dans le secteur privé.
5. En tant que sous-ministre adjoint, M. Binnie était notamment responsable de tous les litiges, tant en matières civiles que pénales, auxquels était partie le gouvernement du Canada dans les provinces et territoires de common law; dans ce contexte, il supervisait de façon générale des milliers de dossiers. Outre ses responsabilités en matière de contentieux, M. Binnie était également responsable du droit relatif aux Autochtones au sein du ministère.
6. L'information découverte dans le cours de la préparation de la réponse à la demande de renseignements fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* reçue en février 2003 a révélé que M. Binnie avait eu l'occasion de discuter de l'affaire avec des avocats du ministère de la Justice à la fin de 1985 et au début de 1986.
7. Lorsqu'ils se préparaient en vue de l'audition de l'affaire par la Cour suprême du Canada, les avocats du ministère de la Justice ont relevé le fait que M. Binnie était sous-ministre adjoint en 1985 et 1986 et se sont demandé si ce dernier avait participé de façon particulière au dossier.
8. Les avocats n'ont pas procédé à un examen exhaustif des dossiers. Par conséquent, ils n'ont pas découvert à ce moment-là le rôle joué par M. Binnie.

21 Copies of Assistant Deputy Attorney General Bissell's letter, the Statement and the documents were provided to counsel for the other parties and the interveners.

D. *The Motion for Directions*

22 The Crown served and filed a motion for directions on May 26, 2003, on the following grounds:

1. Judgment in this appeal was handed down on December 6, 2002. The appeal from the Federal Court of Appeal was unanimously dismissed (9:0). The Honourable Mr. Justice Binnie wrote the decision;
2. It has recently come to the attention of counsel for the Respondent, Her Majesty The Queen, that in 1985 and 1986, when Mr. Justice Binnie was Associate Deputy Minister of Justice (Litigation), he had been involved in some of the early discussions within the Department of Justice regarding the proceeding that eventually came before the Court as this appeal;
3. The Respondent therefore brings this motion in order to formally place this fact before the Court, and to ask this Court for directions as to any steps to be taken.

23 Produced with the motion for directions were the documents referring to Mr. Binnie while in the employ of the Department of Justice and Campbell River's claim in relation to Reserves Nos. 11 and 12. Upon receipt of the motion by the Court, Binnie J. recused himself from any further proceedings on this matter and, on May 27, 2003, filed the following statement with the Registrar of the Supreme Court:

With respect to the Motion for Directions filed yesterday by the Crown, would you please place this note on the Court file and communicate its contents to counsel for the parties.

It is a matter of public record that between September 1982 and July 1986 I was Associate Deputy Minister of Justice responsible for all litigation for and against the federal Crown except tax matters and cases in Quebec.

Des exemplaires de la lettre du sous-procureur général adjoint Bissell, de la déclaration reproduite plus haut et des documents joints à la lettre ont été communiqués aux avocats des autres parties et des intervenants.

D. *La demande de directives*

Le 26 mai 2003, la Couronne a déposé et fait signifier une requête sollicitant des directives dans laquelle elle invoquait les moyens suivants :

[TRADUCTION]

1. Jugement a été rendu dans le présent pourvoi le 6 décembre 2002. L'appel formé contre la décision de la Cour d'appel fédérale a été rejeté à l'unanimité (9:0). L'honorable juge Binnie a rédigé la décision;
2. il a récemment été porté à l'attention de l'avocat de l'intimée, Sa Majesté la Reine, que, en 1985 et 1986, lorsque M. le juge Binnie était sous-ministre adjoint de la Justice (secteur du contentieux), ce dernier a participé à certaines discussions préliminaires au sein du ministère relativement à l'instance qui a éventuellement donné lieu au présent pourvoi devant la Cour;
3. l'intimée dépose en conséquence la présente requête afin de communiquer officiellement ce fait à la Cour et de demander des directives quant aux démarches qui devraient, le cas échéant, être prises.

Ont été produits, avec la requête sollicitant des directives, des documents concernant M. Binnie pendant qu'il travaillait au ministère de la Justice et la demande de la bande de Campbell River relativement aux réserves n^{os} 11 et 12. Dès la réception de la requête par la Cour, le juge Binnie s'est récusé à l'égard de toutes procédures ultérieures dans cette affaire et, le 27 mai 2003, il a déposé la déclaration suivante auprès de la registraire de la Cour suprême :

[TRADUCTION] Relativement à la requête sollicitant des directives qu'a présentée la Couronne hier, je vous saurais gré de verser la présente note au dossier de la Cour et d'en communiquer la teneur aux avocats des parties.

Il est notoire que, de septembre 1982 à juillet 1986, j'ai occupé la charge de sous-ministre adjoint de la Justice et que, à ce titre, j'étais responsable de toutes les poursuites intentées par la Couronne fédérale ou contre

This included Indian claims. At any given time, the responsibility covered several thousand cases.

When this appeal was pending before the Court in 2002, I had no recollection of personal involvement 17 years earlier at the commencement of this particular file, which was handled by departmental counsel in the Vancouver Regional Office.

I do not recall anything about any involvement in this case to add to what is set out in the departmental file.

I recuse myself from consideration of the pending motion.

The Court invited further submissions by the parties with respect to the Crown's motion for directions. The Crown filed a memorandum in which it submitted that there was no reasonable apprehension of bias affecting the Court's judgment as a result of Binnie J.'s employment in the Department of Justice and involvement in this matter some 17 years earlier and for which he had no recollection. In response, Cape Mudge sought an order setting aside the Court's judgment of December 6, 2002, and requesting that the Court recommend that the parties enter into a negotiation and reconciliation process. In the alternative, Cape Mudge sought an order suspending the operation of the judgment for a period of four months to permit negotiation and reconciliation between the parties with further submissions to the Court if required.

Campbell River for its part sought an order vacating the Court's judgment of December 6, 2002, and the reasons for judgment, as well as an order permitting a further application for relief in the event the Supreme Court's decision was vacated. The Crown opposed both motions. It also opposed Cape Mudge's submission that further negotiation would be an appropriate remedy in this matter.

celle-ci, sauf les affaires fiscales et celles se déroulant au Québec. Ces poursuites incluaient les affaires concernant des Indiens. À tout moment durant cette période, j'étais responsable de plusieurs milliers de dossiers.

Lorsque le pourvoi en cause était pendant devant notre Cour en 2002, il ne m'est revenu aucun souvenir d'avoir participé personnellement à ce dossier 17 ans plus tôt lorsque l'affaire a pris naissance. Ce sont des avocats du ministère au bureau régional de Vancouver qui s'occupaient de ce dossier.

Je ne me rappelle pas avoir participé de quelque façon à cette affaire au-delà de ce qui est indiqué dans le dossier du ministère.

Je me récusé à l'égard de la requête susmentionnée.

La Cour a invité les parties à présenter des observations supplémentaires à l'égard de la demande de directives de la Couronne. Cette dernière a déposé un mémoire dans lequel elle soutient qu'aucune crainte raisonnable de partialité n'a entaché la décision de la Cour du fait de la charge occupée par le juge Binnie au ministère de la Justice et de sa participation quelque 17 années plus tôt à un dossier à l'égard duquel il n'avait aucun souvenir. La bande de Cape Mudge a répondu en sollicitant une ordonnance annulant l'arrêt rendu par la Cour le 6 décembre 2002 et demandant à la Cour de recommander aux parties d'amorcer un processus de négociation et de réconciliation. Subsidiairement, la bande de Cape Mudge a demandé une ordonnance suspendant l'application du jugement pendant une période de quatre mois pour permettre aux parties de participer à un processus de négociation et de réconciliation et de présenter au besoin des observations supplémentaires à la Cour.

Pour sa part, la bande de Campbell River a demandé une ordonnance annulant le jugement et les motifs de jugement déposés par la Cour le 6 décembre 2002, ainsi qu'une ordonnance autorisant la présentation d'une demande de redressement supplémentaire en cas d'annulation de la décision de la Cour. La Couronne a contesté les deux requêtes ainsi que la prétention de la bande de Cape Mudge selon laquelle la tenue de négociations supplémentaires constituerait une réparation appropriée en l'espèce.

24

25

26 The Attorney General of British Columbia, an intervener, submitted that there was no reasonable apprehension of bias and that the motions to vacate should be dismissed.

27 Several other interveners, being the Gitanmaax Band, the Kispiox Band and the Glen Vowell Band, submitted that the Court's judgment should be vacated.

E. *Details of Binnie J.'s Involvement in the Appellants' Litigation 1985-86*

28 We turn now to the documents produced by the Crown, in order to determine the nature and extent of Binnie's involvement in the Campbell River claim in 1985-86. Seventeen documents were produced by the Crown. As noted previously, the documents are reproduced in their entirety in the Appendix. All documents were shown to or seen by Binnie in his official capacity as Associate Deputy Minister of Justice. Where relevant, the documents relate to the Campbell River claim. Cape Mudge's claim was commenced in 1989, several years after Binnie left the Department of Justice. As can be seen, the 17 documents include one letter and 16 internal memoranda. The letter, dated May 23, 1985, is from Binnie to Chief Sol Sanderson of the Federation of Saskatchewan Indian Nations and is obviously not relevant to these motions. Of the remaining 16 documents, two were produced twice; they are the memorandum dated December 13, 1985, and the memorandum dated February 25, 1986, from Ms. Mary Temple to Binnie. Consequently, 14 documents require examination, which will be done in chronological order.

29 Memorandum No. 1, dated June 19, 1985, is a memo to file written by Ms. Temple, Acting Senior Counsel, Office of Native Claims. The memorandum refers to Binnie by reason of the fact that it includes a reference to his letter of May 23, 1985, to Chief Sanderson. The memorandum does not detail any involvement of Binnie

Le procureur général de la Colombie-Britannique, un intervenant, a plaidé qu'il n'a pas existé de crainte raisonnable de partialité et que les requêtes en annulation devaient être rejetées.

Plusieurs autres intervenants, en l'occurrence la bande Gitanmaax, la bande Kispiox et la bande de Glen Vowell ont avancé que l'arrêt de la Cour devait être annulé.

E. *Le détail de la participation du juge Binnie dans l'action des appelants en 1985-1986*

Nous allons maintenant examiner les documents produits par la Couronne pour déterminer la nature et l'étendue de la participation de M. Binnie relativement à la demande de la bande de Campbell River en 1985 et 1986. La Couronne a produit dix-sept documents. Comme il a été indiqué plus tôt, les documents en question sont reproduits intégralement à l'annexe. Tous ces documents ont été montrés à M. Binnie ou vus par celui-ci dans le cours de ses fonctions de sous-ministre adjoint de la Justice. Les documents pertinents se rapportent à la demande de la bande de Campbell River. L'action de la bande de Cape Mudge a été intentée en 1989, plusieurs années après le départ de M. Binnie du ministère de la Justice. Comme on peut le constater, les 17 documents sont constitués d'une lettre et de 16 notes de service internes. La lettre, datée du 23 mai 1985, est signée par M. Binnie et adressée au chef Sol Sanderson de la Federation of Saskatchewan Indian Nations et elle n'est manifestement pas pertinente à l'égard des requêtes dont nous sommes saisis. Des 16 autres documents, deux ont été produits en double. Il s'agit en l'occurrence de la note de service datée du 13 décembre 1985 et de celle du 25 février 1986 de M^{me} Mary Temple à M. Binnie. Par conséquent, 14 documents doivent être examinés et nous le ferons chronologiquement.

La note de service n^o 1, datée du 19 juin 1985, est une « note pour le dossier » rédigée par M^{me} Temple, avocate-conseil par intérim, Bureau des revendications des Autochtones. Le nom de M. Binnie figure dans cette note de service parce qu'on y fait mention de la lettre du 23 mai 1985 au chef Sanderson. La note ne donne aucune

in the Campbell River claim and is of no relevance to these motions.

Memorandum No. 2, dated August 9, 1985, is from Ms. Temple to Binnie. The memo pre-dates Campbell River's statement of claim. It indicates that an issue raised by the Campbell River claim and another matter known as the Port Simpson claim were referred to Mr. Tom Marsh of the Vancouver Office for his opinion. The memo further states that Mr. Marsh's opinion would not be ready before the middle of September. It concludes with a request to be informed of any further communications with respect to the Port Simpson opinion from Band representatives.

Memorandum No. 3 also pre-dates Campbell River's statement of claim. It is from Mr. R. Green, General Counsel in the Department of Indian Affairs and Northern Development, to Binnie and is dated October 11, 1985. This memo, which relates to the Campbell River and Port Simpson claims, was prepared for a meeting between Binnie and Mr. Green to discuss a legal issue "which potentially touches on all claims from B.C. bands, or at least all involving a determination of rights and liabilities arising out of the pre-McKenna/McBride period". The memo addresses the gazetting of notices and reserve creation in British Columbia. In his memo, Mr. Green refers to the work of Mr. Marsh and sets out three likely interpretations of the B.C. legislation:

1. no reserve is legally established until the notice is Gazetted;
2. the Gazetting provision is for the purpose of land banking;
3. the Gazetting process is a condition precedent to transferring administration and control of reserves

précision sur un quelconque rôle de M. Binnie dans la demande de la bande de Campbell River et elle n'est pas pertinente à l'égard des requêtes dont nous sommes saisis en l'espèce.

La note de service n° 2, datée du 9 août 1985, est une note de M^{me} Temple à M. Binnie. Cette note de service est antérieure à la déclaration déposée par la bande de Campbell River dans l'action. La note indique qu'une question soulevée par la revendication de la bande de Campbell River et celle de la bande de Port Simpson avait été soumise à M. Tom Marsh du bureau de Vancouver pour obtenir son avis à cet égard. On précise également dans la note que cet avis ne sera pas prêt avant le milieu de septembre. L'auteur de la note termine en demandant à être informée de toute communication des représentants de la bande de Port Simpson concernant l'avis relatif à la revendication de la bande.

La note de service n° 3 est également antérieure à la déclaration produite par la bande de Campbell River dans l'action. Cette note, datée du 11 octobre 1985, a été expédiée à M. Binnie par M. R. Green, avocat général au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. La note de service, qui porte sur les revendications des bandes de Campbell River et de Port Simpson, a été préparée en vue d'une rencontre entre MM. Binnie et Green où ceux-ci devaient discuter d'une question de droit [TRADUCTION] « qui concerne potentiellement toutes les revendications présentées par des bandes de la C.-B., ou à tout le moins les revendications requérant la détermination de droits et obligations découlant de la période antérieure à McKenna/McBride ». La note de service traite de la création des réserves en Colombie-Britannique et de la publication d'avis à cet égard dans la Gazette. Dans sa note, M. Green fait état de l'avis préparé par M. Marsh et énumère trois interprétations pouvant être données des dispositions législatives pertinentes de la C.-B. :

[TRADUCTION]

1. aucune réserve n'est légalement établie tant que l'avis à cet effet n'a pas été publié dans la Gazette;
2. les dispositions relatives à la publication dans la Gazette visent la constitution de réserves foncières;
3. la procédure de publication d'un avis dans la Gazette est un préalable au transfert au fédéral de la maîtrise

30

31

to the federal government but not to the creation of the Indian interest.

et de l'administration des réserves mais non à la création d'un intérêt en faveur des Indiens.

32 A handwritten note on the margin, presumably from Mr. Green to Binnie, reads: "On the surface argument 3 seems to be the least damaging way to go."

On peut lire, dans la marge, la note manuscrite suivante, vraisemblablement rédigée par M. Green à M. Binnie : [TRADUCTION] « À première vue le 3^e argument semble le moyen le moins préjudiciable à invoquer. »

33 Memorandum No. 4, dated December 12, 1985, is from Mr. Duff Friesen, General Counsel, Civil Litigation Section, to Binnie. In it, Mr. Friesen proposes that Campbell River's statement of claim, filed on December 2, 1985, be referred to the Vancouver Regional Office of the Department of Justice. In a handwritten note on the memo, Binnie wrote "I agree".

La note de service n^o 4, datée du 12 décembre 1985, est adressée à M. Binnie par M. Duff Friesen, avocat général, Section du contentieux des affaires civiles. Dans cette note, M. Friesen propose de confier au Bureau régional de Vancouver du ministère de la Justice la déclaration déposée par la bande de Campbell River, le 2 décembre 1985. À la main, sur la note, M. Binnie a écrit [TRADUCTION] « Je suis d'accord ».

34 Memorandum No. 5, dated December 13, 1985, is from Ms. Temple to Mr. G. Donegan, General Counsel, Vancouver Regional Office, and copied to Binnie. The memo indicates that Campbell River had filed a statement of claim and intended to proceed by way of litigation rather than negotiation under the Department of Indian Affairs policy. The memo also indicates that certain aspects of the claim were the subject of correspondence with Mr. Marsh of the Vancouver Regional Office and were also discussed with Binnie in Ottawa. With respect to these discussions, Ms. Temple wrote that:

La note de service n^o 5, datée du 13 décembre 1985, est adressée par M^{me} Temple à M. G. Donegan, avocat général, Bureau régional de Vancouver, et copie de cette note a été transmise à M. Binnie. L'auteur de la note indique que la bande de Campbell River a déposé une déclaration et entend recourir aux tribunaux plutôt que négocier dans le cadre de la politique du ministère des Affaires indiennes. M^{me} Temple précise en outre que certains aspects de la revendication ont fait l'objet de correspondance avec M. Marsh du Bureau régional de Vancouver et de discussions avec M. Binnie, à Ottawa. Au sujet de ces discussions, M^{me} Temple écrit ceci :

In particular, Ian Binnie formed the opinion that the McKenna McBride report, to the extent that it specified that Quinsam Reserve No. 12 was the Campbell River Band's Reserve, should be taken at its face value notwithstanding the apparent fact that the designation of the Reserve for this band stemmed from an administrative error in the list of reserves on which the Commission relied as its primary source of information.

[TRADUCTION] En particulier, Ian Binnie a exprimé l'avis que le rapport McKenna McBride, dans la mesure où il y est précisé que la réserve Quinsam n^o 12 était la réserve de la bande de Campbell River, devrait être pris à la lettre, indépendamment du fait que l'attribution de la réserve à cette bande découle d'une erreur administrative dans la liste des réserves que la Commission a utilisée comme principale source de renseignements.

35 Memorandum No. 6, dated January 14, 1986, is from Binnie to Ms. Temple. It acknowledges receipt of Memorandum No. 5 and sets out the above-quoted passage from that memorandum. Binnie then wrote:

La note de service n^o 6, datée du 14 janvier 1986, est adressée à M^{me} Temple par M. Binnie. Ce dernier accuse d'abord réception de la note de service n^o 5 et reproduit l'extrait précité de cette note, puis il écrit ceci :

I recall some discussion about this, but not in the raw terms you have stated it. Could you let me have a note

[TRADUCTION] Je me souviens d'une discussion à ce sujet, mais pas dans les termes sommaires dans lesquels

setting out the factual circumstances of the case and the legal points addressed in our discussion and any other relevant legal points you think should be considered?

Memorandum No. 7, dated January 15, 1986, is from Binnie to Mr. Harry Wruck of the Vancouver Regional Office. In it Binnie wrote that he is delighted with the assignment of this matter to Mr. Bill Scarth (now Scarth J.). He further asks to be informed of anything that the Minister should be made aware of.

Memorandum No. 8, dated January 20, 1986, is from Ms. Temple to Binnie in response to Memorandum No. 6. In this memo, Ms. Temple describes the factual background of Campbell River's claim. She concludes the memo with the following description of their discussions in relation to the claim:

In our discussion of this claim in October 1985, we spent most of the time on another legal issue. However, when we turned to the issue of the effect of the McKenna McBride Commission report vis a vis Reserves No.'s 11 and 12, you indicated that such a qualification of the apparent terms of the McKenna McBride Report, as suggested by me, should not be supported and that a report should be accepted on its face so as to result in the legal vesting of an interest for the Campbell River Band only in these two reserves. My understanding of your reasons for such a position was that if we started to qualify the face of the record in any way, we would call into question other aspects of the McKenna McBride exercise.

The other issue on which we spent most of our time during the October discussion was in relation to the question of the effect of the B.C. Land Act Legislation on the establishment of Reserves during the time of the nineteen [*sic*] century reserve commissions. In particular, one interpretation of this legislation would have confirmed the necessity of publishing in the B.C. Gazette the decision of the B.C. Government or officials authorized by it to establish reserves for bands before a band could be considered to have a vested interest in such a reserve. We concluded that notwithstanding the basis for such an interpretation, we should maintain the position that at least with respect to the Campbell River and Quinsam Reserves there was no requirement to gazette notices of those reserves before

vous énoncez la chose. Pourriez-vous me faire parvenir une note exposant les faits de l'affaire et les questions de droit dont nous avons discuté, ainsi que toute autre question de droit pertinente qui, selon vous, devrait être examinée?

La note de service n^o 7, datée du 15 janvier 1986, est une note de M. Binnie à M. Harry Wruck du Bureau régional de Vancouver. Dans cette note, M. Binnie écrit qu'il est ravi que le dossier ait été confié à M. Bill Scarth (maintenant le juge Scarth). Il demande en outre à être informé de toute question qui devrait être portée à l'attention du ministre.

La note de service n^o 8, datée du 20 janvier 1986, est adressée à M. Binnie par M^{me} Temple en réponse à la note de service n^o 6. Dans la note n^o 8, M^{me} Temple expose les faits relatifs à la revendication de la bande de Campbell River et conclut en décrivant ainsi les discussions qu'ils ont eues au sujet de la revendication :

[TRADUCTION] Lors de notre discussion au sujet de cette revendication en octobre 1985, nous avons surtout parlé d'une autre question de droit. Cependant, lorsque nous avons abordé la question de l'effet du rapport de la Commission McKenna McBride sur les réserves n^{os} 11 et 12, vous avez indiqué qu'une interprétation des termes clairs du rapport McKenna McBride comme celle que j'ai proposée ne devrait pas être soutenue et que le rapport devrait être pris à la lettre, de sorte que seule la bande de Campbell River soit investie légalement d'un droit dans ces deux réserves. Si j'ai bien compris les raisons que vous invoquez au soutien de cette position, ce serait que, si nous commençons à mettre en doute de quelque façon que ce soit certains éléments tels qu'ils figurent au dossier, nous remettrions en question d'autres aspects du rapport McKenna McBride.

L'autre question à laquelle nous nous sommes attaqués lors de la discussion du mois d'octobre concernait l'effet de la loi de la C.-B. intitulée Land Act sur la création des réserves à l'époque des commissions des réserves au dix-neuvième siècle. En particulier, une des interprétations de cette loi aurait confirmé la nécessité de publier dans la Gazette de la C.-B. la décision du gouvernement de cette province, ou de ses fonctionnaires autorisés, de créer des réserves pour les bandes avant qu'on puisse considérer qu'une bande possède un intérêt dévolu dans une de ces réserves. Nous avons conclu que, quel que soit le fondement de cette interprétation, nous devrions continuer de soutenir, du moins en ce qui concerne les réserves de Campbell River et de Quinsam, qu'il

36

37

they could be considered to have been established. The legislation in question was somewhat ambiguous and our decision reflected an attempt to support an interpretation which was, of course, reasonably arguable but which also was reflective of the treatment of these reserves during the period preceeding [*sic*] the McKenna McBride report implementation.

As indicated in the above-quoted passage, the discussions referred to by Ms. Temple occurred in October 1985, before Campbell River filed its statement of claim and while the parties were still in the negotiation process.

38

Memorandum No. 9 is dated February 25, 1986, and is also from Ms. Temple to Binnie. The memo transmits to Binnie a copy of Campbell River's statement of claim. The memo clarifies that when Binnie participated in discussions in this case "it was still in the ONC [Office of Native Claims] claims process and before the Campbell River Band decided to proceed with litigation". The memo further advises that Mr. Scarth, who had earlier been retained and had carriage of the action, had been instructed to file a full defense. Ms. Temple also indicates in her memo that:

I would just like to note for your information that a full defense of the action by the Crown might involve the Crown in arguing some qualification or interpretation of the implementation of the McKenna McBride Report which was a position which in our discussions respecting negotiation of the claim you advised against. It seemed to Bob Green and I [*sic*] and to the Departmental officials that such a defense in the context of this court action was, nevertheless, justified.

39

Memorandum No. 10 is also dated February 25, 1986, and is from Ms. Temple to Mr. Scarth. The memo conveys instructions to file a full statement of defense. The following passage from this memo relates to Binnie's involvement in discussions relating to the claim:

Since such a defense might result in legal arguments which involve "going behind" the face of the McKenna

n'existait aucune obligation de publier un avis préalable dans la Gazette pour que l'on puisse considérer qu'elles avaient été créées. La loi en question était assez ambiguë et notre décision reflétait une tentative de soutenir une interprétation qui, bien sûr, était raisonnablement défendable, mais tenait compte aussi du traitement accordé à ces réserves pendant la période précédant la mise en œuvre du rapport McKenna McBride.

Comme il est mentionné dans l'extrait précité, les discussions auxquelles M^{me} Temple fait allusion sont survenues en octobre 1985, soit avant que la bande de Campbell River ne dépose sa déclaration dans l'action et pendant que les parties participaient encore au processus de négociation.

La note de service n^o 9, datée du 25 février 1986, est elle aussi adressée par M^{me} Temple à M. Binnie. L'auteur de la note a joint à celle-ci, à l'intention de M. Binnie, une copie de la déclaration de la bande de Campbell River. Dans la note, l'auteur précise que, lorsque M. Binnie et elle ont discuté de ce dossier, [TRADUCTION] « pendant que celui-ci suivait encore son cours dans le processus du Bureau des revendications des Autochtones et avant que la bande de Campbell River n'ait décidé de s'adresser aux tribunaux ». M^{me} Temple mentionne en outre que M. Scarth, dont les services avaient été précédemment retenus et qui était responsable de l'action, avait reçu instruction de présenter une défense complète. M^{me} Temple indique aussi ce qui suit dans sa note :

[TRADUCTION] Je tiens également à vous signaler, à titre d'information, que la présentation par la Couronne d'une défense complète pourrait amener cette dernière à faire une certaine atténuation ou interprétation de l'application du rapport McKenna McBride, position que vous avez déconseillée lors de nos discussions concernant les négociations. Il nous a semblé, à Bob Green, à moi, ainsi qu'aux fonctionnaires du ministère que, dans le contexte de la présente action, cette défense était néanmoins justifiée.

La note de service n^o 10, datée elle aussi du 25 février 1986, est une note de M^{me} Temple à M. Scarth. La note communique l'instruction de déposer une défense complète. Le passage suivant de cette note porte sur la participation de M. Binnie aux discussions concernant la revendication :

[TRADUCTION] Puisqu'une telle défense pourrait amener la présentation d'arguments juridiques impliquant le

McBride decisions as implemented by the legislation and Orders in Council, these instructions are being communicated to Ian Binnie because when the Government position respecting the claim was initially discussed with him, he advised that, at least, in the claims process we should not challenge the McKenna McBride report itself.

Memos 8, 9 and 10 establish that any advice given by Binnie in relation to the preferred treatment of the McKenna McBride Report was offered in the context of the negotiation process not litigation. Indeed, Binnie's advice, in the context of the negotiation towards a settlement of Campbell River's claim, is what led to acceptance of the claim as valid for the purposes of negotiation. In Memorandum No. 9, Ms. Temple wrote:

When we discussed the position the Crown should take for the purpose of negotiating a settlement under the claims process, we decided to recommend acceptance of the Campbell River Band's claim for negotiation since to do otherwise would suggest that the implementation of the McKenna McBride Report was ineffective to vest Reserve No. 12 in the Campbell River Indian Band. At the time, this position was understood to be justified since although both on legal issues and factual issues the claim was debatable, there seem to be sufficiently reasonable arguments to support it so as to justify settlement, at least on a pro-rated basis, especially since it would presumably have involved a surrender by the Campbell River Band and therefore a clarification of the interest of the Cape Mudge Band in the Reserve.

Memorandum No. 11, dated February 27, 1986, is from Ms. Temple to Ms. Carol Pepper, Legal Counsel, Specific Claims Branch Vancouver. The memo transmits to Ms. Pepper a number of opinions culled from the Campbell River claim file. In this memo, Ms. Temple writes that her opinions eventually reflected Ian Binnie's preferred position "to not 'go behind' the McKenna McBride Report".

« réexamen » des décisions de la Commission McKenna McBride mises en œuvre par la législation et les décrets, les présentes directives sont transmises à Ian Binnie parce que, lorsque nous avons initialement discuté avec lui de la position du gouvernement à l'égard de la revendication, il a conseillé de ne pas contester le rapport McKenna McBride lui-même, du moins pas pendant le processus des revendications.

Les notes 8, 9 et 10 établissent que les conseils prodigués par M. Binnie au sujet de l'attitude à favoriser relativement au rapport McKenna McBride l'ont été dans le contexte du processus de négociation et non dans le cadre des procédures judiciaires. De fait, l'avis de M. Binnie, dans le contexte de la négociation visant à régler la revendication de la bande de Campbell River, est ce qui a conduit à la reconnaissance de la validité de la revendication aux fins de négociation. Dans la note de service n° 9, M^{me} Temple a écrit ceci :

[TRADUCTION] Lorsque nous avons discuté de la position que la Couronne devrait adopter durant la négociation d'un règlement en vertu du processus de règlement des revendications, nous avons décidé de recommander d'accepter la revendication de la bande de Campbell River aux fins de négociation, car agir autrement laisserait entendre que la mise en œuvre du rapport McKenna McBride n'avait pas eu pour effet d'attribuer la réserve n° 12 à la bande indienne de Campbell River. Par ailleurs, cette position était considérée comme bien fondée parce que, même si la revendication était discutable, tant en droit qu'en fait, elle semblait étayée par suffisamment d'arguments raisonnables pour justifier un règlement, du moins au prorata, d'autant plus qu'elle aurait probablement nécessité une cession par la bande de Campbell River et, par conséquent, une clarification de l'intérêt de la bande de Cape Mudge dans la réserve.

La note de service n° 11 datée du 27 février 1986, est adressée par M^{me} Temple à M^{me} Carol Pepper, conseillère juridique, Direction des revendications particulières de Vancouver. M^{me} Temple indique à M^{me} Pepper qu'elle lui transmet un certain nombre d'avis tirés du dossier de la revendication de la bande de Campbell River. Dans sa note, M^{me} Temple écrit que les opinions qu'elle a émises reflètent en bout de ligne la position préconisée par Ian Binnie, à savoir de [TRADUCTION] « ne pas "aller au-delà de la lettre" du rapport McKenna McBride ».

40

41

42 Memorandum No. 12, dated March 3, 1986, is from Mr. Scarth to Binnie. The memo transmits to Binnie a copy of the statement of defence presumably prepared by Mr. Scarth and filed on behalf of the Crown on February 28, 1986. In this memo, Mr. Scarth indicates that he believes that the defence reflects the positions of both Justice and Indian Affairs. He further indicates that he has attempted not to repudiate the McKenna McBride Commission Report.

43 Memorandum No. 13, dated March 5, 1986, is from Binnie to Ms. Temple and is in response to Memorandum No. 9. In this memo, Binnie wrote:

With respect to the treatment of the McKenna McBride Report, I suggest that we all await the advice of Bill Scarth as to how this aspect of our possible defence should be dealt with. So far as I am concerned Bill Scarth is in charge of the file. I am sure he will take note of the view expressed by you and Bob Green and “departmental officials” that it would be appropriate in the Crown’s defence to argue some qualification or interpretation of the implementation of the McKenna McBride Report.

I look forward to hearing Bill Scarth’s views on this aspect of the matter in due course. We will then decide what to do.

44 Memorandum No. 13 is the last document evidencing Binnie’s involvement in this matter. As conceded by the parties, the Court’s determination of the extent of Binnie’s involvement in the Campbell River claim is limited by the documentary record produced by the Crown. The record does not disclose any further involvement on Binnie’s part and, in particular, no involvement in this matter between March 5, 1986, and his departure from the Department of Justice on July 31, 1986.

45 Finally, Memorandum No. 14 is dated February 3, 1988, after Binnie left the Department of Justice, and is from Mr. Scarth to Mr. E.A. Bowie, Q.C., Assistant Deputy Attorney General (now Bowie J.). In this memo, Mr. Scarth provides a summary of the Campbell River case to Mr. Bowie. In the body of his memo, Mr. Scarth writes:

La note de service n° 12 datée du 3 mars 1986 est adressée à M. Binnie par M. Scarth. En même temps que cette note, ce dernier transmet à M. Binnie une copie de la défense préparée, vraisemblablement par M. Scarth lui-même, et déposée pour le compte de la Couronne le 28 février 1986. Dans sa note, M. Scarth indique que, selon lui, la défense reflète les positions du ministère de la Justice et du ministère des Affaires indiennes. Il mentionne en outre avoir tenté de ne pas répudier le rapport de la Commission McKenna McBride.

La note de service n° 13, datée du 5 mars 1986, est la réponse de M. Binnie à la note de service n° 9 émanant de M^{me} Temple. Dans la note n° 13, M. Binnie dit ceci :

[TRADUCTION] Pour ce qui est du traitement qu’il faut réserver au rapport McKenna McBride, je suggère d’attendre l’avis de Bill Scarth sur la façon dont cet aspect de notre éventuelle défense devrait être abordé. En ce qui me concerne, c’est Bill Scarth qui est responsable du dossier. Je suis certain qu’il tiendra compte de l’opinion que vous, Bob Green et les « fonctionnaires du ministère » avez formulée et selon laquelle il conviendrait que la Couronne invoque en défense une certaine atténuation ou interprétation de la mise en œuvre du rapport McKenna McBride.

J’attends que Bill Scarth me fasse part, en temps et lieu, de son opinion sur cet aspect de l’affaire. Nous décidons alors de ce qu’il faut faire.

La note de service n° 13 est le dernier document attestant de la participation de M. Binnie dans cette affaire. Comme l’ont reconnu les parties, la décision de la Cour quant au degré de participation de M. Binnie relativement à la demande de la bande de Campbell River doit reposer sur la preuve documentaire produite par la Couronne. Le dossier ne révèle aucune autre participation et, en particulier, aucune intervention de M. Binnie dans cette affaire du 5 mars 1986 jusqu’à son départ du ministère de la Justice, le 31 juillet 1986.

Enfin, la note de service n° 14, qui est datée du 3 février 1988, date postérieure au départ de M. Binnie du ministère de la Justice, est adressée par M. Scarth à M. E.A. Bowie, c.r., sous-procureur général adjoint (maintenant le juge Bowie). Dans cette note, M. Scarth résume l’affaire Campbell River à l’intention de M. Bowie. Il y écrit :

I point out, parenthetically, that Ian Binnie, during his time as Associate Deputy Minister, suggested, because of its wider impact, that we not challenge the validity of what was done by the Royal Commission. With respect, I continue to concur with that advice, and suggest it is a question of defining more narrowly what the Commission did, at least insofar as the Reserves in question are concerned.

III. The Parties' Arguments

A. *Cape Mudge, Campbell River and the Interveners the Gitanmaax Band, the Kispiox Band and the Glen Vowell Band*

Campbell River and Cape Mudge both agree that actual bias is not at issue. Neither band makes any submission that actual bias affected Binnie J., the reasons for judgment or the judgment of the Court. Both bands unreservedly accept Binnie J.'s statement that he had no recollection of personal involvement in the case. The bands submit, however, that the material disclosed by the Crown gives rise to a reasonable apprehension of bias.

Cape Mudge submitted that Binnie J.'s involvement in Campbell River's claim was so significant that he effectively acted as a senior counsel for the Crown and that he was disqualified on account of the principle that no judge should sit in a case in which he or she acted as counsel at any stage of the proceeding. According to Cape Mudge, the disclosed documents reveal that Binnie J. was actively involved in risk analysis and the development of litigation strategy on behalf of the defendant Crown. Cape Mudge submitted that Binnie J.'s involvement in the litigation while he was Associate Deputy Minister of Justice raises legitimate questions as to whether the positions he formulated and recommended and the various memoranda and documents he read would have had an influence on his approach to the same case as a judge. In Cape Mudge's submission, such influence could well be unconscious and Binnie J.'s lack of recollection does not change the fact that he was involved in a significant and material way. According to Cape

[TRADUCTION] Je souligne en passant que, pendant qu'il était sous-ministre adjoint, Ian Binnie a suggéré, en raison de leurs répercussions plus générales, que nous ne contestions pas la validité des travaux de la Commission royale. En toute déférence, je partage toujours cet avis et, selon moi, il s'agit de délimiter plus étroitement ce que la Commission a fait, du moins en ce qui concerne les réserves en question.

III. Les prétentions des parties

A. *La bande de Cape Mudge, la bande de Campbell River et les intervenantes, la bande Gitanmaax, la bande Kispiox et la bande de Glen Vowell*

Les bandes de Campbell River et de Cape Mudge reconnaissent toutes deux qu'il ne s'agit pas d'une affaire de partialité réelle. Ni l'une ni l'autre ne prétend que le juge Binnie a fait preuve de partialité réelle ou que les motifs du jugement ou le jugement de notre Cour sont entachés de partialité. Les deux bandes acceptent sans réserve la déclaration du juge Binnie selon laquelle il n'avait aucun souvenir d'avoir participé personnellement à cette affaire. Cependant, elles font valoir que les documents communiqués par la Couronne font naître une crainte raisonnable de partialité.

La bande de Cape Mudge a soutenu que la participation du juge Binnie dans la demande de la bande de Campbell River était à ce point substantielle qu'il avait effectivement agi comme avocat-conseil de la Couronne et qu'il était inhabile en raison du principe voulant qu'un juge ne doive pas entendre une affaire dans laquelle il a agi comme conseiller juridique à quelque étape que ce soit des procédures. Selon la bande de Cape Mudge, les documents communiqués révèlent que le juge Binnie participait activement à l'analyse du risque et à l'élaboration d'une stratégie d'instance pour le compte de la Couronne défenderesse. La bande a plaidé que la participation du juge Binnie au litige pendant qu'il était sous-ministre adjoint de la Justice permet légitimement de se demander si les positions qu'il a formulées et recommandées, ainsi que les divers documents et notes de service qu'il a lus n'ont pas eu d'influence sur sa façon d'aborder la même affaire en tant que juge. Selon la bande Cape Mudge, cette influence pourrait bien être inconsciente et l'absence de

46

47

Mudge, the fact that Binnie J. was involved as a lawyer for the defendant Crown, combined with the fact that some 15 years later he wrote a judgment in the same litigation that freed the Crown of potential liability, gives rise to a reasonable apprehension of bias. Cape Mudge submitted that had the documents disclosed by the Crown come to light prior to the hearing before the Court, Binnie J. would have recused himself from the hearing of the appeals.

48

Campbell River submitted that the test for reasonable apprehension of bias is met where a judge sits in a case in which he or she has had any prior involvement. In Campbell River's view, the documents disclosed by the Crown indicate that Binnie J.'s prior involvement in the band's claim was substantial. Like Cape Mudge, Campbell River submitted that had Binnie J.'s earlier involvement in these matters come to light prior to the hearing he would have had no choice but to recuse himself absent the consent of all the parties. According to Campbell River, subjective evidence of a judge's state of mind, and thus Binnie J.'s absence of recollection, is legally irrelevant to a determination of whether there is a reasonable apprehension of bias. Moreover, Campbell River submitted that, owing to Binnie J.'s special interest in aboriginal matters, the unique "ditto mark error" at issue in this case and his involvement as counsel in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, common sense would indicate that some contaminating knowledge would have survived the passage of time, albeit unconsciously.

49

With respect to remedy, both bands submitted that a judgment affected by a reasonable apprehension of bias is void and must be set aside. According to Campbell River, the concurrence of the eight

souvenir du juge Binnie ne change pas le fait qu'il a participé à l'affaire d'une manière substantielle et pertinente. Selon cette bande, le fait que le juge Binnie a participé à l'affaire à titre d'avocat de la Couronne défenderesse, conjugué au fait qu'une quinzaine d'années plus tard, dans le même litige, il a rédigé un jugement dégageant la Couronne de toute responsabilité potentielle, fait naître une crainte raisonnable de partialité. La bande de Cape Mudge a fait valoir que, si les documents communiqués par la Couronne avaient été connus avant l'audition des pourvois par notre Cour, le juge Binnie se serait récuse.

La bande de Campbell River a soutenu que le critère de détermination de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est respecté lorsqu'un juge entend une affaire à laquelle il a participé de quelque façon que ce soit dans le passé. De l'avis de cette bande, il ressort des documents communiqués par la Couronne que la participation passée du juge Binnie à la demande de la bande était substantielle. À l'instar de la bande de Cape Mudge, la bande de Campbell River a prétendu que, si la participation passée du juge Binnie à la présente affaire avait été connue avant l'audience, ce dernier n'aurait eu d'autre choix que de se récuser, à moins que toutes les parties n'aient consenti à ce qu'il connaisse de l'affaire. Selon la bande de Campbell River, une preuve subjective de l'état d'esprit d'un juge — et de ce fait l'absence de souvenir du juge Binnie — n'est pas pertinente en droit pour décider s'il existe une crainte raisonnable de partialité. La bande de Campbell River a en outre plaidé que, en raison de l'intérêt particulier que manifeste le juge Binnie pour les questions autochtones, du caractère exceptionnel de l'« erreur des guillemets de répétition » dont il est question en l'espèce et de la participation du juge Binnie comme avocat dans l'affaire *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le bon sens veut qu'une certaine connaissance « contaminante » ait survécu à l'écoulement du temps, ne serait-ce qu'inconsciemment.

Pour ce qui est de la réparation, les deux bandes ont fait valoir qu'un jugement entaché d'une crainte raisonnable de partialité est nul et doit être annulé. Selon la bande de Campbell River, le concours des

other judges of this Court does not remove the taint of bias. Campbell River submitted that in law a reasonable apprehension of bias taints the entire proceeding and is presumed to be transmitted among decision-makers.

As indicated previously, Cape Mudge submitted that this Court should also recommend that the parties enter into a negotiation and reconciliation process or, in the alternative, suspend operation of the judgment for four months so that discussions between the parties could take place. For its part, Campbell River requested an order permitting it to bring an application for further relief following a decision to set aside the judgment. During oral argument, counsel for both bands indicated that a rehearing of the appeals may ultimately become necessary should the decision be set aside and agreement between the parties prove impossible.

The interveners the Gitanmaax Band, the Kispiox Band and the Glen Vowell Band presented written arguments in support of the motions to vacate the Court's judgment. In their submission, the facts of this case give rise to a reasonable apprehension of bias and a legal finding of bias must result. Binnie J.'s lack of actual recollection is, in their view, irrelevant. The interveners go further suggesting that actual bias may have existed on Binnie J.'s part even if he neither intended it nor recalled his involvement in the case. Like Campbell River and Cape Mudge, the interveners submitted that Binnie J. would have recused himself had he recalled his participation in this case before the hearing.

B. The Crown and the Intervener the Attorney General of British Columbia

The Crown submitted that the Court's judgment should not be set aside and that no other remedy was required. In the Crown's view, the rule that a judge is disqualified if he or she previously acted as counsel in the case is subject to the general principle that disqualification results only where there

huit autres juges de notre Cour n'élimine pas l'effet de la partialité. La bande a soutenu que, en droit, une crainte raisonnable de partialité entache toute la procédure et est présumée se transmettre entre les décideurs.

Comme il a été indiqué plus tôt, la bande de Cape Mudge a également demandé à notre Cour de recommander aux parties d'amorcer un processus de négociation et de réconciliation ou, subsidiairement, de suspendre l'exécution du jugement pendant quatre mois afin de permettre la tenue de discussions entre les parties. Quant à elle, la bande de Campbell River a sollicité une ordonnance l'autorisant à présenter une demande de redressement supplémentaire en cas d'annulation du jugement de la Cour. Pendant les débats, les avocats des bandes ont indiqué qu'il était possible que les pourvois doivent éventuellement être entendus à nouveau si le jugement était annulé et s'il s'avérait impossible pour les parties d'arriver à un accord.

Les intervenantes, la bande Gitanmaax, la bande Kispiox et la bande de Glen Vowell ont présenté des observations écrites au soutien des requêtes sollicitant l'annulation du jugement rendu par notre Cour. Selon ces intervenantes, les faits de l'espèce font naître une crainte raisonnable de partialité et il faut en conséquence conclure, en droit, à l'existence de partialité. À leur avis, l'absence de souvenir réel du juge Binnie n'est pas un facteur pertinent. Les intervenantes vont plus loin et suggèrent que le juge Binnie a pu faire preuve de partialité réelle, même s'il n'en avait pas l'intention ou ne se souvenait pas de sa participation au dossier. Tout comme les bandes de Campbell River et de Cape Mudge, les intervenantes ont soutenu que le juge Binnie se serait récusé s'il s'était souvenu de sa participation à la présente affaire avant l'audience.

B. La Couronne et l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique

La Couronne a affirmé que le jugement de notre Cour ne devait pas être annulé et qu'aucune autre réparation n'était nécessaire. Selon la Couronne, la règle portant qu'un juge est inhabile s'il a agi antérieurement comme avocat dans l'affaire est subordonnée au principe général selon lequel il n'y a

50

51

52

is a reasonable apprehension of bias. Accordingly, the Crown submitted that the general test set out by de Grandpré J. in dissent in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, and approved in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, should be applied to the particular circumstances of this case.

53

The Crown submitted that since Binnie J. had no recollection, he brought no knowledge of his prior participation by way of discussions about Campbell River's claim. As a result, there was neither actual bias nor any reasonable apprehension of bias on his part. Relying on the English Court of Appeal's decision in *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451, the Crown submitted that Binnie J.'s lack of recollection dispels any appearance of possible bias. According to the Crown, the fact that Binnie J.'s prior involvement occurred 17 years earlier reinforces the conclusion that there can be no reasonable apprehension of bias. On this point, the bands concede that the passage of time is a relevant factor. Finally, the Crown submitted that since the judgment of the Court was unanimous in dismissing the appeals, and since Binnie J. had no recollection of his earlier involvement, no reasonable person could conclude that he somehow influenced the minds of the other eight judges who heard the case.

54

The Attorney General of British Columbia also submitted that the Court's judgment should not be disturbed. He submitted that the information disclosed by the Crown would not have necessitated Binnie J.'s recusal had an application been made before the hearing. *A fortiori*, the disclosed information does not establish a reasonable apprehension of bias nor require that the judgment be set aside. The Attorney General of British Columbia further submitted that although evidence of a judge's subjective state of mind is not determinative as to the issue of whether a reasonable apprehension of bias arises, it remains relevant and of assistance to the reasonable and right-minded observer.

inhabilité que s'il existe une crainte raisonnable de partialité. En conséquence, la Couronne a plaidé que le critère général établi par le juge de Grandpré dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, et confirmé dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, devrait s'appliquer aux circonstances particulières de l'espèce.

De prétendre la Couronne, comme le juge Binnie n'avait aucun souvenir de l'affaire, il n'a apporté avec lui aucune connaissance de sa participation passée aux discussions concernant la demande de la bande de Campbell River. Par conséquent, il n'existait ni partialité réelle ni crainte raisonnable de partialité de sa part. S'appuyant sur la décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451, la Couronne a plaidé que l'absence de souvenir du juge Binnie dissipe toute apparence de partialité possible. Selon elle, le fait que la participation passée du juge Binnie remonte à 17 ans renforce la conclusion qu'il ne peut y avoir de crainte raisonnable de partialité. À cet égard, les bands admettent que l'écoulement du temps est un facteur pertinent. Enfin, la Couronne a soutenu que, puisque notre Cour a rejeté les pourvois à l'unanimité et que le juge Binnie ne se souvenait pas de sa participation antérieure, aucune personne raisonnable ne saurait conclure que ce dernier a influencé de quelque façon les huit autres juges ayant entendu l'affaire.

Le procureur général de la Colombie-Britannique a lui aussi affirmé que le jugement de notre Cour ne devait pas être écarté, plaidant que les renseignements divulgués par la Couronne n'auraient pas nécessité la récusation du juge Binnie, même si une demande en ce sens avait été présentée avant l'audience. *A fortiori*, les renseignements divulgués n'établissent pas l'existence d'une crainte raisonnable de partialité et ne requièrent pas l'annulation du jugement. Le procureur général de la Colombie-Britannique a de plus fait valoir que, bien que la preuve de la subjectivité de l'état d'esprit d'un juge ne soit pas déterminante quant à la question de savoir s'il existe une crainte raisonnable de partialité, cette preuve demeure pertinente et utile à l'observateur sensé et raisonnable.

The Attorney General of British Columbia submitted that Binnie J. did not act as counsel for the Crown in this case. His involvement was in a general administrative and supervisory capacity which does not give rise to a reasonable apprehension of bias. It was submitted that a reasonable person would not consider that the tentative views on a general issue expressed by Binnie J. 15 years earlier, in his capacity as Associate Deputy Minister, would prevent him from deciding the case impartially.

The Attorney General of British Columbia further submitted that since the decision-maker was the Court as a whole, a reasonable apprehension of bias in respect of Binnie J. is not legally significant unless it also establishes a reasonable apprehension of bias in respect of the judgment of the Court as a whole. In this case, the judgment of the Court as a whole is not tainted by any apprehension of bias. Moreover, the presumption of impartiality has a practical force in respect of appellate tribunals. The fact that appellate courts normally evaluate a written record and the collegial nature of an appellate bench reduces the leeway within which the personal attributes, traits and dispositions of each judge can operate. Finally, the Attorney General submitted that if there was a disqualifying bias in respect of the Court as a whole, the remedy would be to vacate the judgment and for the Court to reconsider the appeals in the absence of Binnie J. under the doctrine of necessity.

IV. Analysis

A. *The Importance of the Principle of Impartiality*

The motions brought by the parties require that we examine the circumstances of this case in light of the well-settled, foundational principle of impartiality of courts of justice. There is no need to reaffirm here the importance of this principle, which has been a matter of renewed attention across the common law world over the past decade. Simply put, public confidence in our legal system is rooted in the fundamental belief that those who adjudicate

Le procureur général de la Colombie-Britannique a soutenu que le juge Binnie n'avait pas agi comme avocat de la Couronne en l'espèce. Sa participation consistait à exercer des fonctions générales d'administration et de supervision, lesquelles ne soulèvent aucune crainte raisonnable de partialité. Le procureur général de la Colombie-Britannique a plaidé qu'une personne raisonnable ne considérerait pas que les opinions provisoires portant sur une question générale qu'a formulées le juge Binnie 15 ans plus tôt, en sa qualité de sous-ministre adjoint, l'ont empêché de trancher l'affaire avec impartialité.

Le procureur général de la Colombie-Britannique a en outre affirmé que, comme en l'espèce le décideur était la Cour au complet, une crainte raisonnable de partialité à l'égard du juge Binnie n'est pas importante juridiquement, sauf si on établit également l'existence d'une crainte raisonnable de partialité à l'égard du jugement rendu par l'ensemble de la Cour. En l'espèce, le jugement rendu par la Cour au complet n'est entaché d'aucune crainte de partialité. Qui plus est, la présomption d'impartialité est renforcée par des considérations d'ordre pratique dans le cas des tribunaux d'appel. La nature collégiale de ces tribunaux et le fait qu'ils examinent habituellement une preuve écrite réduisent la mesure dans laquelle les caractéristiques personnelles, les traits de caractère et le tempérament de chaque juge peuvent jouer. Enfin, selon le procureur général de la Colombie-Britannique, s'il y a partialité entraînant l'inhabilité de l'ensemble de la Cour, la seule réparation serait l'annulation du jugement et le réexamen des pourvois sans la participation du juge Binnie, en application de la doctrine de la nécessité.

IV. L'analyse

A. *L'importance du principe de l'impartialité*

Pour statuer sur les requêtes présentées par les parties, il nous faut examiner les circonstances de l'espèce au regard du principe fondamental et bien établi de l'impartialité des cours de justice. Point n'est besoin en l'espèce de réaffirmer l'importance de ce principe, question à l'égard de laquelle on a pu observer un intérêt renouvelé dans les pays de common law durant la dernière décennie. En termes simples, la confiance du public dans notre système

55

56

57

in law must always do so without bias or prejudice and must be perceived to do so.

58

The essence of impartiality lies in the requirement of the judge to approach the case to be adjudicated with an open mind. Conversely, bias or prejudice has been defined as

a leaning, inclination, bent or predisposition towards one side or another or a particular result. In its application to legal proceedings, it represents a predisposition to decide an issue or cause in a certain way which does not leave the judicial mind perfectly open to conviction. Bias is a condition or state of mind which sways judgment and renders a judicial officer unable to exercise his or her functions impartially in a particular case.

(*R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL) (H.C.), quoted by Cory J. in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 106.)

59

Viewed in this light, “[i]mpartiality is the fundamental qualification of a judge and the core attribute of the judiciary” (Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges* (1998), at p. 30). It is the key to our judicial process, and must be presumed. As was noted by L’Heureux-Dubé J. and McLachlin J. (as she then was) in *S. (R.D.)*, *supra*, at para. 32, the presumption of impartiality carries considerable weight, and the law should not carelessly evoke the possibility of bias in a judge, whose authority depends upon that presumption. Thus, while the requirement of judicial impartiality is a stringent one, the burden is on the party arguing for disqualification to establish that the circumstances justify a finding that the judge must be disqualified.

60

In Canadian law, one standard has now emerged as the criterion for disqualification. The criterion, as expressed by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, *supra*, at p. 394, is the reasonable apprehension of bias:

juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant de la sorte.

L’essence de l’impartialité est l’obligation qu’a le juge d’aborder avec un esprit ouvert l’affaire qu’il doit trancher. À l’inverse, voici comment on a défini la notion de partialité ou préjugé :

[TRADUCTION] . . . une tendance, une inclination ou une prédisposition conduisant à privilégier une partie plutôt qu’une autre ou un résultat particulier. Dans le domaine des procédures judiciaires, c’est la prédisposition à trancher une question ou une affaire d’une certaine façon qui ne permet pas au juge d’être parfaitement ouvert à la persuasion. La partialité est un état d’esprit qui infléchit le jugement et rend l’officier judiciaire inapte à exercer ses fonctions impartialement dans une affaire donnée.

(*R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL) (H.C.), cité par le juge Cory dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 106.)

Considérée sous cet éclairage, « [l]’impartialité est la qualité fondamentale des juges et l’attribut central de la fonction judiciaire » (Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire* (1998), p. 30). Elle est la clé de notre processus judiciaire et son existence doit être présumée. Comme l’ont signalé les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *S. (R.D.)*, précité, par. 32, cette présomption d’impartialité a une importance considérable, et le droit ne devrait pas imprudemment évoquer la possibilité de partialité du juge, dont l’autorité dépend de cette présomption. Par conséquent, bien que l’impartialité judiciaire soit une exigence stricte, c’est à la partie qui plaide l’inhabilité qu’incombe le fardeau d’établir que les circonstances permettent de conclure que le juge doit être récusé.

En droit canadien, une norme s’est maintenant imposée comme critère de récusation. Ce critère, formulé par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, précité, p. 394, est la crainte raisonnable de partialité :

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

We will return shortly to this standard, as it applies to the circumstances outlined in the factual background. Before doing that, it is necessary to clarify the relationship of this objective standard to two other factors: the subjective consideration of actual bias; and the notion of automatic disqualification re-emerging in recent English decisions.

B. *Reasonable Apprehension of Bias and Actual Bias*

Determining whether the judge brought or would bring prejudice into consideration as a matter of fact is rarely an issue. Of course, where this can be established, it will inevitably lead to the disqualification of the judge. But this said, most arguments for disqualification typically begin with an acknowledgment by all parties that there was no actual bias, and move on to a consideration of the reasonable apprehension of bias. Here, as in many cases, it is conceded by the parties that there was no actual bias on Binnie J.'s part, and his statement that he had no recollection of involvement is similarly accepted by all concerned. As submitted by the parties, his personal integrity is not in doubt, either in these appeals or in any appeal in which he has sat as a member of this Court. Nevertheless, it is said, the circumstances of the present case are such as to create a reasonable apprehension of bias on his part. Since the two propositions go hand in hand, to understand what is meant by reasonable apprehension of bias, it is helpful to consider what it means to say that disqualification is not argued on the basis of actual bias.

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? »

Nous reviendrons sous peu sur l'application de cette norme aux circonstances décrites dans la section traitant des faits. D'abord, toutefois, il est nécessaire de clarifier le rapport entre cette norme objective et deux autres facteurs : le facteur subjectif de la partialité réelle et la notion d'inhabilité automatique qui refait surface dans de récentes décisions britanniques.

B. *Crainte raisonnable de partialité et partialité réelle*

La question de savoir si, dans les faits, le juge a fait jouer des préjugés ou le ferait se pose rarement. Il va de soi que, lorsque l'existence d'une telle situation peut être établie, elle entraîne inévitablement l'inhabilité du juge concerné. Cela dit, toutefois, dans la plupart des cas où la question de l'inhabilité est débattue, toutes les parties commencent d'abord par reconnaître qu'il n'y a pas partialité réelle, puis elles passent à l'examen de la question de la crainte raisonnable de partialité. En l'espèce, comme dans beaucoup d'affaires, les parties concèdent qu'il n'y a pas eu partialité réelle de la part du juge Binnie, et la déclaration de ce dernier selon laquelle il n'avait aucun souvenir de sa participation à l'affaire est elle aussi acceptée par tous les intéressés. Comme l'ont indiqué les parties, l'intégrité personnelle du juge Binnie n'est pas mise en doute, ni dans les présents pourvois ni dans quelque autre appel qu'il a entendu en tant que juge de notre Cour. Néanmoins, affirme-t-on, les circonstances de l'espèce sont de nature à faire naître une crainte raisonnable de partialité de la part du juge Binnie. Puisque les deux propositions sont indissociables, il est utile, pour bien comprendre le sens de la notion de crainte raisonnable de partialité, de se demander ce que signifie le fait d'affirmer qu'on ne plaide pas l'inhabilité sur le fondement de la partialité réelle.

61

62

63

Saying that there was “no actual bias” can mean one of three things: that actual bias need not be established because reasonable apprehension of bias can be viewed as a surrogate for it; that unconscious bias can exist, even where the judge is in good faith; or that the presence or absence of actual bias is not the relevant inquiry. We take each in turn.

64

First, when parties say that there was no actual bias on the part of the judge, they may mean that the current standard for disqualification does not require that they prove it. In that sense, the “reasonable apprehension of bias” can be seen as a surrogate for actual bias, on the assumption that it may be unwise or unrealistic to require that kind of evidence. It is obviously impossible to determine the precise state of mind of an adjudicator (Cory J. in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636). As stated by the English Court of Appeal in *Locabail (U.K.)*, *supra*, at p. 472:

The proof of actual bias is very difficult, because the law does not countenance the questioning of a judge about extraneous influences affecting his mind; and the policy of the common law is to protect litigants who can discharge the lesser burden of showing a real danger of bias without requiring them to show that such bias actually exists.

Again, in the present instance, no one suggests that Binnie J. was consciously allowing extraneous influences to affect his mind. Consequently, it would appear that reasonable apprehension of bias is not invoked here as a surrogate for actual bias.

65

Second, when parties say that there was no actual bias on the part of the judge, they may be conceding that the judge was acting in good faith, and was not consciously relying on inappropriate preconceptions, but was nevertheless unconsciously biased. In

Dire qu’il y avait « absence de partialité réelle » peut signifier l’une des trois choses suivantes : qu’il n’est pas nécessaire d’établir l’existence de la partialité réelle parce que la crainte raisonnable de partialité peut être considérée comme un critère de remplacement; qu’il peut y avoir partialité inconsciente, même lorsque le juge est de bonne foi; que la présence ou l’absence de partialité réelle n’est pas la question pertinente. Examinons chacune de ces possibilités à tour de rôle.

Premièrement, lorsque les parties affirment qu’il y avait absence de partialité réelle de la part du juge, elles peuvent vouloir dire que la norme actuelle en la matière ne requiert pas qu’elles fassent la preuve de la partialité réelle. En ce sens, la « crainte raisonnable de partialité » peut être considérée comme critère de remplacement de la partialité réelle, si l’on suppose qu’il n’est peut-être pas judicieux ou réaliste d’exiger que l’on prouve la partialité réelle. Il est évidemment impossible de déterminer de façon précise l’état d’esprit d’un décideur (le juge Cory dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 636). Comme l’a déclaré la Cour d’appel d’Angleterre dans *Locabail (U.K.)*, précité, p. 472 :

[TRADUCTION] La preuve de la partialité réelle est très difficile à apporter, parce que le droit n’admet pas que l’on questionne un juge sur les influences extérieures agissant sur sa pensée; la common law a comme principe de protéger le plaideur qui parvient à s’acquitter du fardeau moins lourd consistant à établir l’existence d’un risque réel de partialité, sans exiger qu’il prouve l’existence concrète de cette partialité.

Il convient une fois de plus de rappeler que, dans la présente affaire, personne ne prétend que le juge Binnie a consciemment laissé des influences extérieures agir sur sa pensée. Par conséquent, il semble que la crainte raisonnable de partialité ne soit pas en l’espèce invoquée comme critère de remplacement de la partialité réelle.

Deuxièmement, lorsque les parties affirment que le juge n’a pas fait montre de partialité réelle, peut-être reconnaissent-elles que le juge agissait de bonne foi et ne s’appuyait pas consciemment sur des idées préconçues inappropriées, mais qu’il a

R. v. Gough, [1993] A.C. 646 (H.L.), at p. 665, quoting Devlin L.J. in *The Queen v. Barnsley Licensing Justices*, [1960] 2 Q.B. 167 (C.A.), Lord Goff reminded us that:

Bias is or may be an unconscious thing and a man may honestly say that he was not actually biased and did not allow his interest to affect his mind, although, nevertheless, he may have allowed it unconsciously to do so. The matter must be determined upon the probabilities to be inferred from the circumstances in which the justices sit.

As framed, some of the arguments presented by the parties suggest that they are preoccupied that Binnie J. may have been unconsciously biased despite his good faith.

Finally, when parties concede that there was no actual bias, they may be suggesting that looking for real bias is simply not the relevant inquiry. In the present case, as is most common, parties have relied on Lord Hewart C.J.'s aphorism that "it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done" (*The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259). To put it differently, in cases where disqualification is argued, the relevant inquiry is not whether there was in fact either conscious or unconscious bias on the part of the judge, but whether a reasonable person properly informed would apprehend that there was. In that sense, the reasonable apprehension of bias is not just a surrogate for unavailable evidence, or an evidentiary device to establish the likelihood of unconscious bias, but the manifestation of a broader preoccupation about the image of justice. As was said by Lord Goff in *Gough*, *supra*, at p. 659, "there is an overriding public interest that there should be confidence in the integrity of the administration of justice".

néanmoins agi inconsciemment de manière partiiale. Dans *R. c. Gough*, [1993] A.C. 646 (H.L.), p. 665, lord Goff, citant le lord juge Devlin dans *The Queen c. Barnsley Licensing Justices*, [1960] 2 Q.B. 167 (C.A.), nous a rappelé ceci :

[TRADUCTION] La partialité est ou peut être une attitude inconsciente, et une personne peut sincèrement affirmer qu'elle n'était pas réellement partiiale et qu'elle n'a pas laissé ses propres intérêts influencer sur sa pensée, bien qu'elle puisse avoir inconsciemment permis que cela se produise. La question doit être tranchée en fonction des probabilités qui peuvent être inférées des circonstances dans lesquelles les juges ont entendu l'affaire.

Tels qu'ils sont formulés, certains des arguments présentés par les parties tendent à indiquer que celles-ci craignent que le juge Binnie ait pu, malgré sa bonne foi, être inconsciemment partial.

Enfin, lorsque les parties concèdent qu'il y avait absence de partialité réelle, elles suggèrent peut-être que le fait de s'interroger sur l'existence ou l'absence de partialité réelle n'est tout simplement pas la bonne question à se poser. En l'espèce, comme dans la plupart des cas, les parties invoquent l'aphorisme formulé par le lord juge en chef Hewart selon lequel [TRADUCTION] « il est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais également que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » (*The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259). En d'autres mots, dans les affaires où l'on plaide l'inhabilité du décideur, la question pertinente n'est pas de savoir si, dans les faits, le juge a fait preuve de partialité consciente ou inconsciente, mais si une personne raisonnable et bien renseignée craindrait qu'il y ait eu partialité. En ce sens, la crainte raisonnable de partialité n'est pas seulement le substitut d'un élément de preuve non disponible, ou un moyen de preuve permettant d'établir la probabilité de l'existence de partialité inconsciente, mais elle est également la manifestation d'une préoccupation plus générale à l'égard de l'image de la justice. Comme l'a dit lord Goff dans l'arrêt *Gough*, précité, p. 659, [TRADUCTION] « il existe un intérêt public impérieux commandant de maintenir la confiance dans l'intégrité de l'administration de la justice ».

67

Of the three justifications for the objective standard of reasonable apprehension of bias, the last is the most demanding for the judicial system, because it countenances the possibility that justice might not be seen to be done, even where it is undoubtedly done — that is, it envisions the possibility that a decision-maker may be totally impartial in circumstances which nevertheless create a reasonable apprehension of bias, requiring his or her disqualification. But, even where the principle is understood in these terms, the criterion of disqualification still goes to the judge's state of mind, albeit viewed from the objective perspective of the reasonable person. The reasonable person is asked to imagine the decision-maker's state of mind, under the circumstances. In that sense, the oft-stated idea that "justice must be seen to be done", which was invoked by counsel for the bands, cannot be severed from the standard of reasonable apprehension of bias.

68

We emphasize this aspect of the criterion of disqualification in Canadian law because another strand of this area of the law in the Commonwealth suggests that some circumstances of conflict of interest may be enough to justify disqualification, whether or not, from the perspective of the reasonable person, they could have any impact on the judge's mind. As we conclude in the next section, this line of argument is not helpful to counsel for the bands in the present case.

C. Reasonable Apprehension of Bias and Automatic Disqualification

69

At the opposite end from claims of actual bias, it has been suggested that it is wrong to be a judge in one's own cause, whether or not one knows this to be the case. The idea has been linked to the early decision of *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301. More recently, in *Gough, supra*, at p. 661, Lord Goff stated that

there are certain cases in which it has been considered that the circumstances are such that they must inevitably shake public confidence in the integrity of the admin-

De ces trois justifications de la norme objective de la crainte raisonnable de partialité, la dernière est la plus exigeante pour le système judiciaire, en ce qu'elle admet la possibilité que justice puisse paraître ne pas avoir été rendue, même lorsqu'elle l'a indubitablement été — c'est-à-dire qu'elle envisage qu'un décideur puisse être totalement impartial dans des circonstances faisant néanmoins naître une crainte raisonnable de partialité requérant qu'il soit déclaré inhabile. Cependant, même lorsque le principe est interprété ainsi, le critère de détermination de l'inhabilité revient toujours à l'état d'esprit du juge, quoique ce facteur soit considéré du point de vue objectif de la personne raisonnable. On demande à cette personne d'imaginer l'état d'esprit du juge, dans les circonstances pertinentes. En ce sens, l'idée maintes fois énoncée selon laquelle « justice doit paraître être rendue », qu'ont invoqué les avocats des bandes, ne peut être dissociée de la norme de la crainte raisonnable de partialité.

Nous insistons sur cet élément du critère de détermination de l'inhabilité en droit canadien parce qu'il existe, sur cet aspect du droit dans le Commonwealth, un autre courant voulant que certaines situations de conflit d'intérêts suffisent à justifier une déclaration d'inhabilité, indépendamment du fait que, du point de vue de la personne raisonnable, ces situations puissent ou non avoir une influence sur l'esprit du juge. Vu notre conclusion dans la prochaine section, cette argumentation n'est d'aucun secours aux avocats des bandes en l'espèce.

C. Crainte raisonnable de partialité et inhabilité automatique

Aux antipodes des demandes invoquant l'existence de partialité réelle, il a été avancé que nul ne peut être à la fois juge et partie dans une cause, et ce que la personne concernée en soit consciente ou non. On rattache cette thèse à une vieille décision, l'affaire *Dimes c. Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301. Plus récemment, dans l'arrêt *Gough*, précité, p. 661, lord Goff a dit ceci :

[TRADUCTION] . . . il existe des cas où l'on a estimé que les circonstances sont telles qu'elles ébranleraient inévitablement la confiance du public dans l'intégrité

istration of justice if the decision is to be allowed to stand. . . . These cases arise where a person sitting in a judicial capacity has a pecuniary interest in the outcome of the proceedings. . . . In such a case, . . . not only is it irrelevant that there was in fact no bias on the part of the tribunal, but there is no question of investigating, from an objective point of view, whether there was any real likelihood of bias, or any reasonable suspicion of bias, on the facts of the particular case. The nature of the interest is such that public confidence in the administration of justice requires that the decision should not stand.

This has been described as “automatic disqualification”, and was recently revisited by the House of Lords in *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272. There, the House of Lords dealt with a situation in which Lord Hoffmann had participated in a decision in which Amnesty International was an intervener, while sitting as a director and chairperson of a charity closely allied with Amnesty International and sharing its objects. In that context, it was found that the rule of “automatic disqualification” extended to a limited class of non-financial interests, where the judge has such a relevant interest in the subject matter of the case that he or she is effectively in the position of a party to the cause. As a result, Lord Hoffmann was disqualified, and the decision of the House of Lords was set aside, in a judgment that drew much attention around the world.

A more recent decision of the English Court of Appeal suggests that this extension of the rule of automatic disqualification, beyond cases of financial interests, is likely to remain exceptional (*Locabail (U.K.)*, *supra*). Even so extended, the rule of automatic disqualification does not apply to the situation in which the decision-maker was somehow involved in the litigation or linked to counsel at an earlier stage, as is argued here.

de l’administration de la justice si la décision était maintenue. [. . .] Il s’agit des cas où une personne exerçant des fonctions judiciaires possède un intérêt pécuniaire dans l’issue de l’instance. [. . .] En pareils cas, [. . .] non seulement l’absence de partialité de la part du tribunal n’est-elle pas pertinente, mais il n’est pas question de se demander si, d’un point de vue objectif, il existait une probabilité réelle de partialité ou une crainte raisonnable de partialité eu égard aux faits de l’affaire en cause. La nature de l’intérêt est telle que la confiance du public dans l’administration de la justice commande que la décision ne soit pas maintenue.

Ce genre de cas, qu’on a qualifié de situations d’« inhabilité automatique », a récemment été réexaminé par la Chambre des lords dans *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272. Dans cet arrêt, la Chambre des lords a examiné une situation où lord Hoffmann avait participé à la décision d’une affaire dans laquelle Amnistie internationale était intervenante, alors qu’il siégeait comme administrateur et président d’un organisme de bienfaisance qui était intimement lié à Amnistie internationale et partageait les objectifs de celle-ci. Dans ce contexte, il a été jugé qu’une catégorie limitée d’intérêts non pécuniaires entraînent également l’application de la règle de l’« inhabilité automatique », par exemple lorsque le juge possède un intérêt à ce point pertinent à l’égard de l’objet de l’affaire qu’il se trouve effectivement dans la position d’une partie à la cause. Par conséquent, lord Hoffmann a été déclaré inhabile et la décision de la Chambre des lords a été annulée dans un jugement qui a suscité beaucoup d’attention à travers le monde.

Un arrêt plus récent de la Cour d’appel d’Angleterre semble indiquer que l’élargissement de l’application de la règle de l’inhabilité automatique à d’autres situations que celles mettant en jeu des intérêts pécuniaires restera vraisemblablement exceptionnel (*Locabail (U.K.)*, précité). Malgré cet élargissement, la règle de l’inhabilité automatique ne s’applique pas dans les cas où le décideur a, d’une certaine façon, participé au litige ou été en contact avec les avocats aux premiers stades de l’affaire, comme il est allégué en l’espèce.

70

71

72 Whatever the case in Britain, the idea of a rule of automatic disqualification takes a different shade in Canada, in light of our insistence that disqualification rest either on actual bias or on the reasonable apprehension of bias, both of which, as we have said, require a consideration of the judge's state of mind, either as a matter of fact or as imagined by the reasonable person. In any event, even on the assumption that the line of reasoning developed in *Pinochet, supra*, is authoritative in Canada, it is of no relevance in the present case. On the facts before us, there is no suggestion that Binnie J. had any financial interest in the appeals, or had such an interest in the subject matter of the case that he was effectively in the position of a party to the cause.

73 To sum up, if disqualification is to be argued here, it can only be argued on the basis of a reasonable apprehension of bias. It can only succeed if it is established that reasonable, right-minded and properly informed persons would think that Binnie J. was consciously or unconsciously influenced in an inappropriate manner by his participation in this case over 15 years before he heard it here in the Supreme Court of Canada. We now move to this aspect of the matter.

D. Reasonable Apprehension of Bias and Its Application in This Case

74 The question, once more, is as follows: What would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude? Would this person think that it is more likely than not that Binnie J., whether consciously or unconsciously, did not decide fairly?

75 Three preliminary remarks are in order.

76 First, it is worth repeating that the standard refers to an apprehension of bias that rests on serious grounds, in light of the strong presumption of judicial impartiality. In this respect, de Grandpré J. added these words to the now classical expression of the reasonable apprehension standard:

Peu importe la situation en Grande-Bretagne, la notion d'inhabilité automatique prend une couleur différente au Canada, compte tenu de notre insistance sur le fait que l'inhabilité doit reposer sur la partialité réelle ou une crainte raisonnable de partialité, critères qui, comme nous l'avons dit, requièrent l'examen de l'état d'esprit du juge, soit au regard des faits soit à travers les yeux de la personne raisonnable. Quoi qu'il en soit, même en supposant que le raisonnement exposé dans l'arrêt *Pinochet*, précité, fasse autorité au Canada, il n'est pas pertinent en l'espèce. Au vu des faits qui nous ont été présentés, rien n'indique que le juge Binnie avait quelque intérêt pécuniaire dans les pourvois ou qu'il manifestait pour l'objet de l'affaire un intérêt tel qu'il se trouvait effectivement dans la position d'une partie à la cause.

Bref, si la question de l'inhabilité doit être débattue en l'espèce, elle ne peut l'être que sur le fondement de la crainte raisonnable de partialité. Un tel argument ne pourra être accueilli que si on établit qu'une personne sensée, raisonnable et bien renseignée estimerait que le juge Binnie a, consciemment ou non, été influencée d'une manière inappropriée par sa participation à cette affaire, plus de 15 ans avant que notre Cour n'en soit saisié. Examinons maintenant cet aspect de la question.

D. La crainte raisonnable de partialité et son application en l'espèce

Encore une fois, la question est la suivante : À quelle conclusion arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique? Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, le juge Binnie n'a pas rendu, consciemment ou non, une décision juste?

Trois remarques préliminaires s'imposent.

Premièrement, il convient de répéter que la norme exige une crainte de partialité fondée sur des motifs sérieux, vu la forte présomption d'impartialité dont jouissent les tribunaux. À cet égard, le juge de Grandpré a ajouté ces mots à l'expression maintenant classique de la norme de la crainte raisonnable :

The grounds for this apprehension must, however, be substantial, and I . . . refus[e] to accept the suggestion that the test be related to the “very sensitive or scrupulous conscience”.

(*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, *supra*, at p. 395)

Second, this is an inquiry that remains highly fact-specific. In *Man O’War Station Ltd. v. Auckland City Council (Judgment No. 1)*, [2002] 3 N.Z.L.R. 577, [2002] UKPC 28, at par. 11, Lord Steyn stated that “This is a corner of the law in which the context, and the particular circumstances, are of supreme importance.” As a result, it cannot be addressed through peremptory rules, and contrary to what was submitted during oral argument, there are no “textbook” instances. Whether the facts, as established, point to financial or personal interest of the decision-maker; present or past link with a party, counsel or judge; earlier participation or knowledge of the litigation; or expression of views and activities, they must be addressed carefully in light of the entire context. There are no shortcuts.

Third, in circumstances such as the present one, where the issue of disqualification arises after judgment has been rendered, rather than at an earlier time in the proceedings, it is neither helpful nor necessary to determine whether the judge would have recused himself or herself if the matter had come to light earlier. There is no doubt that the standard remains the same, whenever the issue of disqualification is raised. But hypotheses about how judges react where the issue of recusal is raised early cannot be severed from the abundance of caution that guides many, if not most, judges at this early stage. This caution yields results that may or may not be dictated by the detached application of the standard of reasonable apprehension of bias. In this respect, it may well be that judges have recused themselves in cases where it was, strictly speaking, not legally necessary to do so. Put another way, the fact that a judge would have recused himself or

Toutefois, les motifs de la crainte doivent être sérieux et je [. . .] refuse d’admettre que le critère doit être celui d’« une personne de nature scrupuleuse et tatillonne ».

(*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, précité, p. 395)

Deuxièmement, il s’agit d’une analyse qui dépend énormément des faits propres à chaque affaire. Dans *Man O’War Station Ltd. c. Auckland City Council (Judgment No. 1)*, [2002] 3 N.Z.L.R. 577, [2002] UKPC 28, par. 11, lord Steyn a dit qu’[TRADUCTION] « [i]l s’agit d’un aspect du droit où le contexte et les circonstances particulières sont de la plus haute importance ». En conséquence, la question ne peut être tranchée au moyen de règles péremptoires et, contrairement à ce qui a été soutenu durant les plaidoiries, il n’existe pas d’exemples « classiques ». Que les faits avérés tendent à indiquer que le décideur possède un intérêt pécuniaire ou personnel dans le litige; qu’il existe des liens entre lui et une partie, un avocat ou un juge, qu’il a dans le passé participé au litige ou été au fait de celui-ci, qu’il a exprimé des opinions et exercé des activités à cet égard, tous ces faits doivent être examinés attentivement eu égard à l’ensemble du contexte. Il n’existe aucun raccourci.

Troisièmement, lorsque, dans une situation comme celle qui nous occupe, la question de l’inhabilité se soulève après le prononcé du jugement et non au début de l’instance, il n’est pas utile ni nécessaire de se demander si le juge se serait récusé si la situation avait été connue plus tôt. Il est certain que la norme demeure la même, quel que soit le moment où la question de l’inhabilité est soulevée. On ne peut cependant faire abstraction, dans les spéculations sur la façon dont les juges réagissent lorsque la question de la récusation est soulevée au début de l’instance, de la prudence extrême qui guide bon nombre de juges, sinon la plupart d’entre eux, à ce stade précoce. Cette prudence produit des résultats qui pourraient ne pas être requis par l’application objective de la norme de la crainte raisonnable de partialité. À cet égard, il est fort possible que des juges se soient récusés dans des affaires où, à proprement parler, ils n’étaient pas légalement tenus

77

78

herself *ex ante* cannot be taken to be determinative of a reasonable apprehension of bias *ex post*.

79

As the parties acknowledged, Binnie J.'s past status as Associate Deputy Minister is by itself insufficient to justify his disqualification. The same can be said of his long-standing interest in matters involving First Nations. The source of concern, for the bands in these motions to vacate the judgment, is Binnie J.'s involvement in this case, as opposed to his general duties as head of litigation for the Department of Justice in the mid-1980s.

80

In this respect, the bands relied, among other arguments, on the following statement of Laskin C.J., in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, *supra*, at p. 388:

Lawyers who have been appointed to the Bench have been known to refrain from sitting on cases involving former clients, even where they have not had any part in the case, until a reasonable period of time has passed. *A fortiori*, they would not sit in any case in which they played any part at any stage of the case. This would apply, for example, even if they had drawn up or had a hand in the statement of claim or statement of defence and nothing else.

81

This dictum must be understood in the context of the principle of which it is but an illustration. It does not suggest that any degree of earlier participation in a case is cause for automatic disqualification. This statement provides sensible guidance for individuals to consider *ex ante*. It suggests that a reasonable and right-minded person would likely view unfavourably the fact that the judge acted as counsel in a case over which he or she is presiding, and could take this fact as the foundation of a reasonable apprehension of bias.

82

However, contrary to what has been argued, it cannot realistically be held that Binnie J. acted as counsel in the present case, and the limited extent of his participation does not support a reasonable apprehension of bias. To repeat, what is germane is

de le faire. Autrement dit, le fait qu'un juge se soit récusé avant l'instance ne permet pas automatiquement de conclure, après l'instance, qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

Comme le reconnaissent les parties, le fait que le juge Binnie ait dans le passé occupé la charge de sous-ministre adjoint ne justifie pas en soi de conclure à son inhabilité. Il en va de même de son intérêt de longue date pour les questions concernant les Premières nations. La préoccupation à l'origine de la présentation, par les bandes, de leurs requêtes en annulation du jugement est la participation du juge Binnie à la présente affaire plutôt que ses fonctions générales de chef du contentieux au ministère de la Justice au milieu des années 1980.

À cet égard, les bandes invoquent notamment la déclaration suivante, faite par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, précité, p. 388 :

On sait que des avocats nommés juges se sont abstenus pendant une période raisonnable, d'entendre des affaires auxquelles d'anciens clients étaient parties même s'ils n'avaient rien eu à faire avec le dossier. À plus forte raison, nul ne siègerait dans une cause à laquelle il aurait pu prendre part à un stade quelconque de l'affaire. Ce serait le cas par exemple même s'il n'avait fait que participer à l'élaboration ou à la rédaction de la déclaration ou de la défense.

Cette remarque incidente doit être considérée dans le contexte du principe dont elle n'est qu'une illustration. Elle ne dit pas que toute participation dans le passé à une affaire est automatiquement cause d'inhabilité. Cet énoncé fournit aux intéressés des indications judicieuses à prendre en compte avant l'instance. Elle indique plutôt qu'une personne sensée et raisonnable verrait vraisemblablement d'un mauvais œil le fait que le juge a agi comme avocat dans une affaire dont il est saisi, et que cette personne pourrait considérer que cette situation fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Cependant, contrairement aux arguments avancées à cet égard, on ne saurait conclure de façon réaliste que le juge Binnie a agi comme avocat en l'espèce, et le caractère limité de sa participation n'étaye pas l'existence d'une crainte raisonnable

the nature and extent of Binnie J.'s role. The details of Binnie J.'s involvement in this case, as outlined in the earlier part of these reasons and which should be viewed in the context of his broad duties in the Department of Justice, would convince a reasonable person that his role was of a limited supervisory and administrative nature.

Admittedly, Binnie J.'s link to this litigation exceeded *pro forma* management of the files. On the other hand, it should be noted that he was never counsel of record, and played no active role in the dispute after the claim was filed. Memorandum No. 4, dated December 12, 1985, shows that the case was referred to the Vancouver Regional Office within a few days after filing of the Campbell River claim. Although subsequent memoranda indicate that Binnie was kept informed of some developments in relation to this claim, carriage of the action was in the hands of Mr. Bill Scarth in Vancouver. The facts do not support the proposition that Binnie planned litigation strategy for this case, as is suggested by the bands. For example, in their submissions, the Cape Mudge Band seemed to imply that the handwritten note in the margin of Memorandum No. 3 was written by Binnie in that "[he] was part of the Crown's early tactical considerations in this case; considering which approach would create the lowest risk for the Crown; which approach would constitute the 'least damaging way to go'" (see Cape Mudge's factum, at para. 12). However, upon examination of this note it would appear that it is addressed to "Ian [Binnie]" and signed "Bob [Green]". Furthermore, and as indicated above, Memos 8, 9 and 10, in particular, establish that any views attributed to Binnie earlier on were offered in the context of wider implications of the negotiation process, and not in the context of litigation.

Furthermore, in assessing the potential for bias arising from a judge's earlier activities as counsel, the reasonable person would have to take into account the characteristics of legal practice within

de partialité. Comme nous l'avons dit précédemment, les considérations pertinentes sont la nature et l'étendue du rôle du juge Binnie. Le détail de sa participation dans le présent litige, qui a été exposé plus tôt dans les présents motifs et qui doit être considéré dans le contexte de ses fonctions générales au ministère de la Justice, convaincra une personne raisonnable qu'il jouait un rôle limité d'administration et de supervision.

Certes, le lien entre le juge Binnie et le présent litige a dépassé la gestion *pro forma* des dossiers. En revanche, il convient de souligner que le juge Binnie n'a jamais été l'avocat inscrit au dossier et qu'il n'a pas joué de rôle actif dans le différend après le dépôt de l'action. Il ressort de la note de service n° 4 datée du 12 décembre 1985 que l'affaire a été confiée au Bureau régional de Vancouver dans les jours qui ont suivi le dépôt de l'action de la bande de Campbell River. Bien que des notes de service subséquentes indiquent que M. Binnie était informé de certains événements relatifs à cette action, M. Bill Scarth à Vancouver était chargé de la direction de l'action. Les faits n'étaient pas la prétention des bandes selon laquelle M. Binnie aurait planifié la stratégie d'instance dans la présente affaire. Par exemple, dans ses observations, la bande de Cape Mudge semble laisser entendre que l'annotation manuscrite figurant dans la marge de la note de service n° 3 a été rédigée par M. Binnie du fait qu' [TRADUCTION] « [il] a participé aux premières analyses d'ordre tactique dans la présente affaire, examinant quelle voie serait la moins risquée par la Couronne, quel moyen serait le "moins préjudiciable à invoquer" » (voir le mémoire de la bande de Cape Mudge, par. 12). Cependant, un examen plus attentif de cette note semble indiquer qu'elle est adressée à « Ian [Binnie] » et qu'elle est signée par « Bob [Green] ». En outre, comme nous l'avons indiqué précédemment, les notes de service nos 8, 9 et 10 en particulier établissent que les opinions attribuées à M. Binnie ont été formulées dans le contexte des répercussions plus larges du processus de négociation plutôt que dans le contexte du litige.

De plus, dans l'appréciation que fait la personne raisonnable du risque de partialité découlant des activités passées d'un juge à titre d'avocat, cette personne doit tenir compte des particularités

83

84

the Department of Justice, as compared to private practice in a law firm. See the Canadian Judicial Council's *Ethical Principles for Judges*, *supra*, at p. 47. In this respect, it bears repeating that all parties accepted that a reasonable apprehension of bias could not rest simply on Binnie J.'s years of service in the Department of Justice. In his capacity as Associate Deputy Minister, Binnie had responsibility for thousands of files at the relevant time. While his views were sought in the negotiations stage of the present dispute, it is relevant that he was consulted on strategic orientations in dozens of cases or classes of cases. In this regard, the matter on which he was involved in this file, principally the effect of the McKenna McBride Report, was not an issue unique to this case, but was an issue of general application to existing reserves in British Columbia. This was presumably the reason why he was approached in the first place.

de l'exercice du droit au sein du ministère de la Justice plutôt que dans un cabinet d'avocats. Voir les *Principes de déontologie judiciaire*, *op. cit.*, du Conseil canadien de la magistrature, p. 49. À cet égard, il convient de rappeler que toutes les parties ont concédé qu'une crainte raisonnable de partialité ne saurait reposer simplement sur les années de service du juge Binnie au sein du ministère de la Justice. En sa qualité de sous-ministre adjoint, M. Binnie était responsable de milliers de dossiers à l'époque pertinente. Bien qu'on ait sollicité son opinion à l'étape des négociations du présent différend, il est utile de mentionner qu'il était consulté sur l'orientation stratégique de dizaines de dossiers ou de catégories de dossiers. À cet égard, la question sur laquelle il s'est penché dans la présente affaire, principalement l'effet du rapport McKenna McBride, n'était pas une question touchant exclusivement celle-ci, mais une question concernant en général les réserves existantes en Colombie-Britannique. C'est d'ailleurs vraisemblablement la raison pour laquelle on l'a consulté.

85 To us, one significant factor stands out, and must inform the perspective of the reasonable person assessing the impact of this involvement on Binnie J.'s impartiality in the appeals. That factor is the passage of time. Most arguments for disqualification rest on circumstances that are either contemporaneous to the decision-making, or that occurred within a short time prior to the decision-making.

Selon nous, un seul facteur important se détache nettement des autres et doit éclairer la personne raisonnable dans son appréciation de l'incidence de la participation du juge Binnie sur son impartialité dans les pourvois. Il s'agit en l'occurrence de l'écoulement du temps. Dans la plupart des cas où l'on plaide l'inhabilité du décideur, on invoque des circonstances contemporaines au processus décisionnel ou survenues peu avant celui-ci.

86 In *Locabail (U.K.)*, *supra*, at p. 480, the English Court of Appeal stated:

Dans *Locabail (U.K.)*, précité, p. 480, la Cour d'appel d'Angleterre a déclaré ceci :

... every application must be decided on the facts and circumstances of the individual case. The greater the passage of time between the event relied on as showing a danger of bias and the case in which the objection is raised, the weaker (other things being equal) the objection will be.

[TRADUCTION] ... chaque demande doit être tranchée selon les faits et les circonstances propres à l'affaire concernée. Plus il s'est écoulé de temps entre l'événement qui, plaide-t-on, crée le risque de partialité et l'affaire dans laquelle cet argument est soulevé, plus faible (toutes choses étant par ailleurs égales) sera l'argument.

87 Similarly, in *Panton v. Minister of Finance*, [2001] 5 L.R.C. 132, [2001] UKPC 33, at para. 15, the Privy Council said:

De même, dans *Panton c. Minister of Finance*, [2001] 5 L.R.C. 132, [2001] UKPC 33, par. 15, le Conseil privé a fait les observations suivantes :

Another consideration which weighs against any idea of apparent or potential bias in the present case is the length of time which intervened between Rattray P.'s

[TRADUCTION] Un autre facteur militant contre l'existence de partialité apparente ou potentielle en l'espèce est le laps de temps qui s'est écoulé entre l'acte reproché au

conduct in connection with the Act or indeed his holding of the office of Attorney General and the time when he sat as President in the Court of Appeal to hear the present case. . . . It appears that Rattray P. retired as Attorney General in 1993. The hearing of the appeal was in 1998. While that interval of time is not so great as to make the former connection with the Act one of remote history, it is nevertheless of some significance in diminishing to some degree the strength of any objection which could be made to his qualification to hear the case.

In the present instance, Binnie J.'s limited supervisory role in relation to this case dates back over 15 years. This lengthy period is obviously significant in relation to Binnie J.'s statement that when the appeals were heard and decided, he had no recollection of his involvement in this file from the 1980s. The lack of knowledge or recollection of the relevant facts was addressed by the English Court of Appeal in *Locabail (U.K.)*, *supra*. There, at p. 487, the Court of Appeal asked:

How can there be any real danger of bias, or any real apprehension or likelihood of bias, if the judge does not know of the facts that, in argument, are relied on as giving rise to the conflict of interest?

The parties have not challenged Binnie J.'s statement, and we are of the view that they are not required to do so. The question is whether the reasonable person's assessment is affected by his statement, in light of the context — that is, in light of the amount of time that has passed, coupled with the limited administrative and supervisory role Binnie played in this file. In our view, it is a factor that the reasonable person would properly consider, and it makes bias or its apprehension improbable in the circumstances.

Binnie J.'s lack of recollection is thus relevant. Yet it is not decisive of the issue. This is not a case in which the judge never knew about the relevant conflict of interest, which would be much easier, but a case in which the judge no longer recalls it. Without questioning his recollection, the argument can be made that his earlier involvement in the file affected

président Rattray en ce qui concerne la Loi, ou d'ailleurs le moment où il était titulaire de la charge de procureur général, et le moment où il a entendu la présente affaire en qualité de président de la Cour d'appel [. . .] Il ressort des faits que le président Rattray a pris sa retraite comme procureur général en 1993. L'audition de l'appel a eu lieu en 1998. Bien que le laps de temps écoulé ne soit pas suffisamment long pour que l'on puisse qualifier d'histoire ancienne le lien antérieur avec l'acte lié à la Loi, il est néanmoins assez long pour affaiblir jusqu'à un certain point la valeur de toute contestation de son habilité à connaître de l'affaire.

En l'espèce, le rôle limité de supervision qu'a joué le juge Binnie dans l'affaire remonte à plus de 15 ans. Ce très long délai est clairement important en ce qui concerne la déclaration du juge Binnie selon laquelle, lorsque les pourvois ont été instruits et jugés, il n'avait aucun souvenir de sa participation dans cette affaire, qui remontait aux années 1980. La question de l'absence de connaissance ou de souvenir des faits pertinents a été examinée par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Locabail (U.K.)*, précité. Dans cette affaire, à la p. 487, la Cour d'appel a posé la question suivante :

[TRADUCTION] Comment peut-il y avoir risque réel de partialité ou encore crainte ou probabilité réelle de partialité si le juge ne connaît pas les faits qui, invoque-t-on, feraient naître le conflit d'intérêts?

Les parties n'ont pas contesté la déclaration du juge Binnie et nous estimons qu'elles ne sont pas tenues de le faire. Il faut décider si cette déclaration a une influence sur l'appréciation que fait la personne raisonnable, compte tenu du contexte — à savoir la période qui s'est écoulée, et le rôle limité d'administration et de supervision qu'a joué M. Binnie dans ce dossier. À notre avis, il s'agit d'un facteur dont la personne raisonnable tiendrait à juste titre compte et qui, dans les circonstances, rend improbable l'existence de partialité ou de crainte de partialité.

L'absence de souvenir du juge Binnie est donc un facteur pertinent. Cependant, elle n'est pas déterminante relativement à la question en litige. Nous sommes en présence non pas d'un cas où le juge n'a jamais rien su du conflit d'intérêts en cause, situation qui serait beaucoup plus simple, mais plutôt d'une affaire où le juge ne s'en

88

89

90

his perspective unconsciously. Nevertheless, we are convinced that the reasonable person, viewing the matter realistically, would not come to the conclusion that the limited administrative and supervisory role played by Binnie J. in this file, over 15 years ago, affected his ability, even unconsciously, to remain impartial in these appeals. This is true, quite apart from the multitude of events and experiences that have shaped him as a lawyer and judge in the interim and the significant transformations of the law as it relates to aboriginal issues, that we have all witnessed since 1985.

91 We thus conclude that no reasonable apprehension of bias is established and that Binnie J. was not disqualified in these appeals. The judgment of the Court and the reasons delivered by Binnie J. on December 6, 2002, must stand. It is unnecessary to examine the question whether, in the event that the Court had found that Binnie J. was disqualified, the judgment of the Court in these appeals would have been undermined. Nevertheless, because of the importance of the issue, we offer a few comments in this respect.

92 The decision-making process within the Supreme Court of Canada, while not widely known, is a matter of public record. Many Justices of the Court have spoken publicly on this matter, and a rather complete description of it can be found in an essay published in 1986 by Justice Bertha Wilson (“Decision-making in the Supreme Court” (1986), 36 *U.T.L.J.* 227). For present purposes, it is enough to say the following. Each member of the Supreme Court prepares independently for the hearing of appeals. All judges are fully prepared, and no member of the Court is assigned the task to go through the case so as to “brief” the rest of the coram before the hearing. After the case is heard, each judge on the coram expresses his or her opinion independently. Discussions take place on who will prepare

souvent plus. Sans mettre en doute la mémoire du juge Binnie, il serait possible de soutenir que sa participation au dossier dans le passé a influencé inconsciemment sa façon de voir les choses. Néanmoins, nous sommes convaincus que la personne raisonnable, considérant la question de façon réaliste, ne conclurait pas que le rôle limité d’administration et de supervision qu’a joué le juge Binnie dans ce dossier, il y a de cela plus de 15 ans, a influencé, même inconsciemment, sa capacité de demeurer impartial en l’espèce. C’est le cas, et ce même si l’on fait abstraction de la multitude d’événements et d’expériences qui l’ont entre-temps façonné comme avocat et comme juge, ainsi que des transformations importantes qui ont marqué le droit relatif aux questions autochtones et dont nous avons tous été témoins depuis 1985.

Nous concluons donc qu’aucune crainte raisonnable de partialité n’a été établie et que le juge Binnie n’était pas inhabile à connaître des présents pourvois. Le jugement de notre Cour et les motifs exposés par le juge Binnie, le 6 décembre 2002, doivent être maintenus. Il n’est pas nécessaire de se demander si la validité du jugement de notre Cour dans ces pourvois aurait été compromise si nous avions conclu à l’inhabilité du juge Binnie. Néanmoins, vu l’importance de la question, nous formulons quelques commentaires à ce propos.

Bien qu’il ne soit pas largement connu, le processus décisionnel au sein de la Cour suprême du Canada est néanmoins notoire. De nombreux juges de notre Cour se sont exprimés publiquement sur ce processus, dont on trouve une description assez complète dans un article publié en 1986 par la juge Bertha Wilson (« Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227). Pour les besoins du présent pourvoi, les explications suivantes suffiront. Chaque membre de la Cour suprême se prépare individuellement pour l’audition des pourvois. Tous les juges sont bien préparés et aucun d’entre eux ne se voit assigner la tâche d’éplucher l’affaire afin de l’« exposer » aux autres membres de la formation avant l’audience. Après celle-ci, chaque juge de la formation ayant entendu l’affaire exprime son opinion individuellement. Des discussions ont lieu en

draft reasons, and whether for the majority or the minority. Draft reasons are then prepared and circulated by one or more judges. These reasons are the fruit of a truly collegial process of revision of successive drafts. In that sense, it can be said that reasons express the individual views of each and every judge who signs them, and the collective effort and opinion of them all.

Here, the nine judges who sat on these appeals shared the same view as to the disposition of the appeals and the reasons for judgment. Cases where the tainted judge casts the deciding vote in a split decision are inapposite in this respect. In the circumstances of the present case, even if it were found that the involvement of a single judge gave rise to a reasonable apprehension of bias, no reasonable person informed of the decision-making process of the Court, and viewing it realistically, could conclude that it was likely that the eight other judges were biased, or somehow tainted, by the apprehended bias affecting the ninth judge.

V. Conclusion

We conclude that no reasonable apprehension of bias is established. Binnie J. was not disqualified to hear these appeals and to participate in the judgment. As a result, the motions to vacate the judgment rendered by this Court on December 6, 2002, are dismissed. The Crown's motion for directions is also dismissed. Although the bands requested costs, the Crown did not. Under the circumstances, each party will bear its own costs.

APPENDIX

Documents produced by the Crown and referred to in the reasons:

vue de décider qui rédigera le projet de motifs, tant pour la majorité que pour la minorité, le cas échéant. Le ou les projets de motifs sont ensuite préparés par un ou plusieurs juges, puis distribués aux autres. Ces motifs sont le fruit d'un véritable processus collégial de révision de divers projets successifs. En ce sens, on peut dire que les motifs résultent d'efforts collectifs et expriment les vues individuelles de chacun des juges qui les signent, ainsi que l'opinion de l'ensemble du groupe.

En l'espèce, les neuf juges ayant entendu les pourvois étaient du même avis quant au dispositif et aux motifs de jugement. Les affaires où le juge partial ou dont on craint raisonnablement la partialité exprime la voix qui a pour effet de décider de l'affaire ne sont pas pertinentes en l'espèce. En effet, dans les circonstances de la présente affaire, même si l'on constatait que le rôle d'un seul juge a fait naître une crainte raisonnable de partialité, aucune personne raisonnable connaissant le processus décisionnel de notre Cour et le considérant de façon réaliste ne saurait conclure que les huit autres juges étaient vraisemblablement partiaux ou ont été influencés d'une quelconque façon par la partialité redoutée de la part du neuvième juge.

V. Conclusion

Nous concluons qu'aucune crainte raisonnable de partialité n'a été établie. Le juge Binnie n'était pas inhabile à connaître des présents pourvois et à participer au jugement. Par conséquent, les requêtes sollicitant l'annulation du jugement rendu par notre Cour le 6 décembre 2002 sont rejetées. La requête présentée par la Couronne en vue d'obtenir des directives est elle aussi rejetée. Bien que les bandes aient réclamé les dépens, la Couronne ne l'a pas fait. Vu les circonstances, chaque partie supportera ses propres dépens.

ANNEXE

Documents produits par la Couronne et examinés dans les motifs :

LETTER

Department of Justice
Canada
Ottawa, Canada
K1A 0H8

Ministère de la Justice
Canada

COMMUNICATIONS
LE...
24...

May 23, 1985.

Chief Sol Sanderson,
Federation of Saskatchewan
Indian Nations,
1100-First Avenue East,
Prince Albert, Saskatchewan,
S6V 2A7.

Dear Chief Sanderson:

Re: Surrender Claims

I met this morning with Delia Opekokew and Anita Gordon to discuss the procedure for resolving the thirty six outstanding surrender claims. I understand, of course, that the Federation of Saskatchewan Indian Nations wishes to pursue resolution of these claims by negotiations with the federal government but some concern has been raised respecting the possible operation of limitation periods.

In these circumstances we agreed that the most prudent course of action would be for the potential plaintiffs to commence proceedings in the Federal Court of Canada in respect of these claims on the clear understanding that it would be neither necessary nor desirable for the federal government to file a Statement of Defence unless and until it becomes clear to either party that a claim is unlikely to be resolved by negotiation. At that time either party would have the right to get on with the next step in the litigation.

The filing of Statements of Claim in this way would immediately stop the running of any applicable limitation period in respect of the cause of action therein set out, thereby protecting the interest of the Band, while at the same time leaving it open to the parties to negotiate in good faith an out of court settlement of each of these claims.

.../2

Canada

LETTRE

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
CanadaOttawa, Canada
K1A 0H8

le 23 mai 1985

Chef Sol Sanderson
Federation of Saskatchewan
Indian Nations
1100 First Avenue East
Prince Albert (Saskatchewan)
S6V 2A7

Chef Sanderson,

Objet : Revendications relatives aux cessions

Ce matin, j'ai rencontré Delia Opekokew et Anita Gordon afin de discuter de la procédure de règlement des 36 revendications relatives aux cessions toujours non résolues. Je comprends évidemment que la Federation of Saskatchewan Indian Nations souhaite régler ces revendications par voie de négociation avec le gouvernement fédéral, mais certaines inquiétudes ont été soulevées quant à la possible expiration des délais de prescription.

Vu les circonstances, nous avons convenu que la démarche la plus prudente serait que les demandeurs potentiels intentent une action en Cour fédérale du Canada à l'égard de ces revendications, étant clairement entendu qu'il ne serait pas nécessaire, ni utile, que le gouvernement fédéral produise une défense tant et aussi longtemps qu'il ne deviendra pas évident pour l'une ou l'autre partie qu'un règlement négocié de la revendication est peu probable. À ce moment-là, les deux parties auraient le droit de passer à l'étape suivante de l'instance.

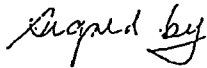
De cette façon, le dépôt des déclarations arrêterait l'écoulement de tout délai de prescription applicable à la cause d'action invoquée, protégeant ainsi les droits des bandes, tout en laissant aux parties la possibilité de négocier de bonne foi un règlement amiable pour chacune de ces revendications.

.../2

...2

As you know, it is the policy of the federal government to endeavour to resolve specific claims out of court and notwithstanding issuance of Statements of Claim every reasonable effort will be made on our part to deal with these claims expeditiously within the government's specific claims policy.

Yours very truly,



Ian Binnie, Q.C.,
Associate Deputy Minister.
/hdm

c.c.: Bob Green ✓
Stu Archibald

...2

Comme vous le savez, le gouvernement fédéral a comme politique de s'efforcer de régler amiablement les revendications particulières et, malgré le dépôt d'une déclaration, nous déploierons tous les efforts raisonnables afin de régler rapidement ces revendications dans le cadre de la politique du gouvernement sur les revendications particulières.

Veillez agréer, Chef Sanderson, mes salutations distinguées.

Ian Binnie, c.r.
Sous-ministre adjoint
/hdm

c.c. : Bob Green
Stu Archibald

MEMORANDUM NO. 1Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification -- Cote de securite

File number -- numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

June 19, 1985

TO/A: FILE

FROM/DE: Mary Temple
A/Senior Counsel
Office of Native ClaimsSUBJECT/OBJET: Campbell River Claim

Comments/Remarques

Last week Lou Harvey, the band lawyer, indicated that they were considering starting an action in the Federal court in order to protect themselves against the running of limitation periods in case the claim was not validated. So as to ensure that the CNC process could continue in the meantime he asked what should be done. I told him that a procedure had been discussed in respect of other claims and that I would get back to him within a week confirming precisely what the Crown would require from him. I reviewed the May 23, 1985 memo from Ian Binnie to Chief Sol Sanderson of the Federation of Saskatchewan Indian Nations, which was written in connection with 36 surrender claims. In this memo Mr. Binnie indicated that on the filing of the Statement of Claim the Federal Crown would need something confirming that it was neither necessary nor desirable for the Federal Government to file a Statement of Defence. I discussed such a procedure with Bill Scarth of the Vancouver Regional Office and he said what I propose sounded fine. I spoke to Lou Harvey today and said that he should, when he started an action, send to the Litigation section of the Department of Justice in Vancouver a letter indicating why the action was being started that they wished to continue with the CNC process (assuming a decision respecting validation had not yet been made) and that the Crown would not be required to file a Statement of Defence until further notice. Lou Harvey said this sounded fine and he would copy any such letter to me for my information.

M.T.

NOTE DE SERVICE N° 1

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE****TO/À:** File / Dossier**FROM/DE:** Mary Temple
Avocate-conseil/p.i.
Bureau des revendications des Autochtones**SUBJECT/OBJET:** Revendication de la bande indienne de Campbell River

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 19 juin 1985

Comments/Remarques

La semaine dernière, Lou Harvey, l'avocat de la bande, a indiqué que celle-ci songeait à introduire une instance en Cour fédérale afin de se protéger contre l'expiration des délais de prescription au cas où sa revendication serait déclarée irrecevable. Il a donc demandé ce qui devait être fait pour s'assurer que le processus du Bureau des revendications des Autochtones se poursuive dans l'intervalle. Je lui ai dit qu'une procédure avait été discutée relativement à d'autres revendications et que je le rappellerais dans une semaine pour lui dire exactement ce que la Couronne exigerait de lui. J'ai examiné la note datée du 23 mai 1985 qu'a envoyée Ian Binnie au chef Sol Sanderson de la Federation of Saskatchewan Indian Nations, laquelle note a été écrite en rapport avec 36 revendications relatives à des cessions. Dans sa missive, M. Binnie mentionnait que, lors du dépôt de la déclaration, la Couronne aurait besoin d'une note confirmant qu'il n'était ni nécessaire, ni utile pour le gouvernement fédéral de produire une défense. J'ai discuté de cette procédure avec Bill Scarth du bureau régional de Vancouver, et il a dit que ce que je propose est sensé. J'ai parlé avec Lou Harvey aujourd'hui et je lui ai dit que, lorsqu'il intenterait une action, il devrait envoyer à la Section du contentieux du ministère de la Justice à Vancouver une lettre indiquant pourquoi l'action était intentée, que la bande désirait poursuivre le processus du Bureau des revendications des Autochtones (en supposant qu'une décision concernant la recevabilité n'ait pas encore été rendue) et que, jusqu'à nouvel ordre, la Couronne n'aurait pas à produire de défense. Lou Harvey a affirmé que cela lui convenait et qu'il me ferait parvenir une copie de cette lettre à titre d'information.

M.T.

MEMORANDUM NO. 2

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de securite

File number - numéro de dossier

Date

August 9, 1985

TO/A: W. I. C. Binnie, Q.C.

FROM/DE: Mary Temple

SUBJECT/OBJET: Port Simpson and Campbell River Claims

Comments/Remarques

As you know an outstanding issue crucial to the federal position in respect of the validity of these two claims was referred to Tom Marsh of the Vancouver Office for his opinion. In a recent communication (August 7th) with Tom Marsh, he indicated to me that his work and opinion would not be ready before the middle of September. If there are any further communications with respect to the Port Simpson opinion from Band representatives I trust you will keep either myself or Joanne Kellerman informed.

M. T.

c.c. T. B. Marsh

NOTE DE SERVICE N° 2

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 9 août 1986

TO/À: W. I. C. Binnie, c.r.

FROM/DE: Mary Temple

SUBJECT/OBJET: Les revendications des bandes indiennes de Port Simpson et de Campbell River

Comments/Remarques

Comme vous le savez, on a demandé à Tom Marsh, du bureau de Vancouver son avis à l'égard d'une question cruciale, qui n'a pas encore été tranchée, relativement à la position du gouvernement fédéral sur la recevabilité de ces deux revendications. Je me suis entretenu récemment (le 7 août) avec Tom Marsh et il m'a dit que son avis ne serait pas prêt avant la mi-septembre. Si d'autres communications émanaient des représentants de la bande en ce qui concerne l'avis sur Port Simpson, je compte sur vous pour m'en aviser ou en aviser Joanne Kellerman.

M. T.

c.c. T. B. Marsh

MEMORANDUM NO. 3

Canada

Canada

MÉ MORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité
File number - numéro de dossier
1.45.4.2071 ✓
1.45.0.2007
Date
October 11, 1985

TO/A: I. Binnie, Q.C.
Associate Deputy Minister

FROM/DE: R. Green
General Counsel, DIAND Legal Services

SUBJECT/OBJET: Establishment of Reserves in B.C.
Port Simpson and Campbell River Band Claims

Comments/Remarques

I have requested the October 18 (3:00 p.m.) meeting with you in connection with these matters in order to discuss a legal issue which potentially touches on all claims from B.C. bands, or at least all involving a determination of rights and liabilities arising out of the pre-McKenna/McBride period.

The validation of both of these claims turns on whether or not the reserves in question were established before the McKenna/McBride exercise. In the case of the Port Simpson Reserve, a provincial order-in-council was issued on February 26, 1884 (copy of that order and the related memorandum is attached) purporting to establish that Reserve. In the case of the Campbell River Reserves No. 11 and 12, a provincial and federal order-in-council were issued dated April 6, 1888 and May 29, 1888 respectively (copies of those orders are attached) giving Green the authority to determine the reserve boundaries. But for the provision in the provincial legislation (copies of this provision, in all its forms from before Confederation until 1936, are attached) which referred to the Gazetting of notices for the reservation of Indian lands, these orders-in-council would seem sufficient to conclude that the reserves had been legally established by them (or, in the case of Campbell River, by Green's reported decision).

During the course of the first meeting between ONC and the Campbell River Band representatives to discuss the preliminary Justice opinion (which was to the effect the Band had no claim), the Band lawyer suggested that unless an appropriate notice was published in the B.C. Gazette in accordance with s.60 of the Land Act of B.C., the reserves were not legally established by the two orders-in-council of 1888 or by Green's Report. If this is correct, the reserves would not have been legally established until the McKenna/McBride exercise which would mean that the Band has a valid claim.

NOTE DE SERVICE N° 3

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**TO/À: I. Binnie, c.r.
Sous-ministre adjointFROM/DE: R. Green
Avocat général, Services juridiques MAINC**SUBJECT/OBJET:**Établissement des réserves en C.-B.
Revendications des bandes de Port Simpson et de Campbell River

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071
1.45.0.2007

Date

Le 11 octobre 1985

Comments/Remarques

J'ai demandé à vous rencontrer le 18 octobre (15 h) relativement à ces affaires afin que nous discutons d'un point de droit qui concerne potentiellement toutes les revendications présentées par des bandes de la C.-B., ou à tout le moins les revendications requérant la détermination de droits et obligations découlant de la période antérieure à McKenna/McBride.

La recevabilité de ces deux revendications dépend de la question de savoir si les réserves en question ont été établies avant les travaux de la Commission McKenna/McBride. Dans le cas de la réserve de Port Simpson, un décret provincial a été pris le 26 février 1884 censément dans le but d'établir cette réserve (vous trouverez ci-joint copie de ce décret et de la note de service connexe). Dans le cas des réserves n^{os} 11 et 12 de Campbell River, un décret provincial et un décret fédéral ont été pris les 6 avril et 29 mai 1888 respectivement (vous trouverez ci-joint copie de ces décrets) donnant à Green le pouvoir de délimiter les réserves. Si ce n'était de la disposition de la loi provinciale (disposition dont j'ai annexé les différentes versions depuis la Confédération jusqu'en 1936) mentionnant la publication d'avis dans la Gazette pour la mise de côté de terres indiennes, ces décrets sembleraient suffisants pour que l'on puisse conclure que les réserves ont été juridiquement établies par ces documents (ou, dans le cas de Campbell River, par la décision de Green dans son rapport).

Lors de la première réunion que le Bureau des revendications des Autochtones et les représentants de la bande indienne de Campbell River ont tenue afin de discuter de l'opinion préliminaire du ministère de la Justice (selon laquelle la revendication de la bande n'était pas recevable), l'avocat de la bande a prétendu qu'à moins qu'un avis approprié n'ait été publié dans la Gazette de la C.-B., conformément à l'art. 60 de la loi de la C.-B. intitulée Land Act, les réserves n'ont pas été établies légalement par les deux décrets de 1888 ou par le rapport de Green. S'il a raison, les réserves n'ont pas été établies légalement avant les travaux de McKenna/McBride, ce qui aurait pour effet de rendre recevable la revendication de la bande.

With respect to the Port Simpson claim, which was validated by the Minister on April 15, 1985 (copy of letter is attached), the conclusion that The Gazetting of a notice is essential to establish the reserve would have the opposite effect, i.e., to convert what has to date been recognized as a valid claim into one for which the Crown has no legal liability.

In general, if the Gazetting of these notices is, in law, essential to establish a reserve, then, since no such notices were Gazetted after B.C. joined Confederation in 1871 (although they were so Gazetted before that date), none of the reserves identified by the Indian Commissioners during the latter part of the 19th Century (estimated at 2/3 of all B.C. Reserves) would have been legally established until the implementation of the McKenna/McBride exercise in 1924.

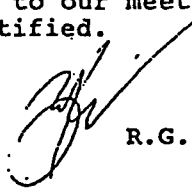
I have attached hereto the response of Tom Marsh to our request for his assistance in respect of this issue. As you can see he has set out a variety of arguments as to the interpretation of the B.C. Legislation. It seems to me that there are three likely interpretations:

1. no reserve is legally established until the notice Gazetted;
2. the Gazetting provision is for the purpose of land banking;
3. the Gazetting process is a condition prescedent to transferring administration and control of reserves to the federal government but not to the creation of the Indian interest.

No one interpretation is with any degree of certainty the best one, but in order to proceed with either of the two claims, a decision must be made as to which one is to be supported.

A further wrinkle relates to the liklihood of litigation whichever way we go. The Port Simpson Band representatives have indicated they will proceed with litigation if their claim is not recognized and the Campbell River Band has, apparently already commenced an action, although for the time being, on the basis of preventing the expiration of any applicable limitation period.

I trust the above has conveyed the essential factors related to the issue. I am looking forward to our meeting and trust an acceptable solution will be identified.


R.G.

Attach.

*in,
On the surface
seems to be
at least damaging
to go / 1/2 hr*

-2-

En ce qui concerne la revendication de la bande indienne de Port Simpson, laquelle a été déclarée recevable par le ministre le 15 avril 1985 (vous trouverez ci-joint copie de la lettre à cet effet), la conclusion selon laquelle la publication d'un avis dans la Gazette est essentielle pour établir une réserve produirait l'effet contraire, c.-à-d. qu'elle convertirait ce qui a été reconnu comme une revendication recevable en une revendication à l'égard de laquelle la Couronne n'a légalement aucune responsabilité.

De façon générale, si la publication de ces avis dans la Gazette est, en droit, essentielle pour établir une réserve, en conséquence, comme aucun de ces avis n'a été publié dans la Gazette après l'adhésion de la C.-B. à la Confédération en 1871 (bien que de tels avis fussent publiés avant cette date), aucune des réserves recensées par les commissaires des Indiens dans la seconde partie du 19^e siècle (environ 2/3 de l'ensemble des réserves de la C.-B.) n'a été établie légalement avant la mise en œuvre du rapport McKenna/McBride en 1924.

J'ai joint aux présentes la réponse de Tom Marsh à la demande que nous lui avons adressée concernant cette question. Comme vous pouvez le constater, il a énuméré un certain nombre d'arguments concernant l'interprétation de la loi de la C.-B. Il me semble qu'il existe trois interprétations possibles :

1. aucune réserve n'est légalement établie tant que l'avis à cet effet n'a pas été publié dans la Gazette;
2. les dispositions relatives à la publication dans la Gazette visent la constitution de réserves foncières;
3. la procédure de publication d'un avis dans la Gazette est un préalable au transfert au fédéral de la maîtrise et de l'administration des réserves mais non à la création d'un intérêt en faveur des Indiens.

*[Jan, à première
vue le 3^e argument
semble le moyen le
moins préjudiciable à
invoquer.
Bob

Il est impossible de dire avec certitude laquelle de ces interprétations est la meilleure, mais pour donner suite à l'une ou l'autre des revendications, une décision doit être prise sur l'interprétation qu'il convient de faire valoir.

Une autre difficulté est le risque de litige quelle que soit l'interprétation que nous retenions. Les représentants de la bande de Port Simpson ont indiqué qu'ils intenteraient une action si leur revendication n'était pas déclarée recevable et la bande de Campbell River a, apparemment, déjà intenté une action, quoique pour l'instant ce ne soit que pour empêcher l'expiration de tout délai de prescription applicable.

J'espère vous avoir communiqué dans ce qui précède les éléments essentiels de la question. J'attends avec intérêt notre réunion et je suis confiant que nous trouverons une solution acceptable.

R.G.

Rj.

*Note manuscrite.

MEMORANDUM NO. 4Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

284563

Date

December 12, 1985

TO/A:

①
W.I.C. BINNIE, Q.C.,
Associate Deputy Minister.

FROM/DE:

②
DUFF FRIESEN, General Counsel,
Civil Litigation Section.


SUBJECT/OBJET:

ROY ANTHONY ROBERTS, C. AUBREY ROBERTS and
JOHN HENDERSON, suing on their own behalf
and on behalf of all other members of the
WEWAYAKUM INDIAN BAND, also known as the
CAMPBELL RIVER INDIAN BAND
Court No.: T-2652-85

Comments/Remarques

The Statement of Claim in this matter raises issues relating to the administration or application of laws relating to Indians. Accordingly, I refer it to you for your comments before assigning it. Unless you wish to handle the matter differently, I propose to refer it to the Vancouver Regional Office.

May I please have your comments?

DFF/vht
Attch.

D.F.F.

I agree
Binnie
12.12.85

NOTE DE SERVICE N° 4

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**TO/À: W.I.C. Binnie, c.r.
Sous-ministre adjointFROM/DE: Duff Friesen, avocat général,
Section du contentieux des affaires civilesSUBJECT/OBJET: ROY ANTHONY ROBERTS, C. AUBREY ROBERTS et JOHN
HENDERSON, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres
membres de la BANDE INDIENNE WEWAYKUM, également connue
sous le nom de BANDE INDIENNE DE CAMPBELL RIVER
N° du greffe : T-2652-85

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

284563

Date

Le 12 décembre 1985

Comments/Remarques

La déclaration dans la présente affaire soulève des questions concernant l'administration ou l'application de lois relatives aux Indiens. Je vous l'envoie donc, avant de l'assigner, afin que vous me fassiez part de vos observations. À moins que vous ne souhaitiez traiter l'affaire d'une manière différente, je propose de la confier au Bureau régional de Vancouver.

Pourriez-vous me faire part de vos observations?

DFF/vht
Pj.

D.F.F.

*Je suis d'accord.
I. Binnie
12-12-85

*Note manuscrite.

MEMORANDUM NO. 5

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Note de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

December 13, 1985

TO/A: G. Donegan
General Counsel, Vancouver Regional Office

Attention: H.J. Wruck, Senior Counsel, Civil Litigation

FROM/DE: Mary Temple, Legal Counsel
Native Claims

SUBJECT/OBJET: Re: Campbell River Band's Specific Claim

Comments/Remarques

On October 22, 1985 I informed Manfred Klein, Negotiator for the Specific Claims Branch in Vancouver, that I considered the Campbell River claim respecting Quinsam Reserve No. 12 to be one which could be validated for the purposes of negotiations under the policy of the Department of Indian and Northern Affairs. I was informed today by Lou Harvey of the Davis and Company Law Firm in Vancouver, representing the Campbell River Band, that the band has now had a statement of claim filed on its behalf in court and intends to proceed with this claim through litigation rather than through negotiation under the Department of Indian Affairs policy. The main reason cited was that the band wants to have the reserve in question, Quinsam Reserve No. 12, returned to it notwithstanding the fact that Reserve No. 12 is presently and has always been occupied by another band, the Cape Mudge Band. Under the Department of Indian Affairs policy the normal position is that third party interest will not be disturbed in order to compensate a band for any loss recognized under the policy.

I assume you will be served officially with documentation relating to this claim and for your assistance in developing a statement of defence I am enclosing hereunder my opinion of October 22, my opinion of March 8, 1985 which is somewhat modified by the October 22 opinion, and a copy of a memo dated November 14, 1985 which was sent to Mr. Harvey from Manfred Klein informing him that Mr. Klein was prepared to recommend to the Minister of Indian Affairs recognition of the claim under the policy.

The documentation on which my opinion was based was reviewed and is in the hands of the Office of Native Claims Branch in Vancouver. Manfred Klein of that office would be able to provide you with this documentation at your request.

NOTE DE SERVICE N° 5

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: G. Donegan
Avocat général, Bureau régional de Vancouver

Aux soins de : H.J. Wruck, avocat-conseil, Contentieux des affaires civiles

FROM/DE: Mary Temple, conseillère juridique
Revendications des Autochtones

SUBJECT/OBJET: La revendication particulière de la bande de Campbell River

Comments/Remarques

Le 22 octobre 1985, j'ai informé Manfred Klein, négociateur pour la Direction générale des revendications particulières à Vancouver, que la revendication de la bande indienne de Campbell River concernant la Réserve Quinsam n° 12 était à mon avis recevable aux fins de négociation dans le cadre de la politique du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Lou Harvey, du cabinet d'avocats Davis and Company de Vancouver, qui représente la bande indienne de Campbell River, m'a informée aujourd'hui que la bande avait fait déposer une déclaration en cour et entendait faire valoir sa revendication devant les tribunaux plutôt que négocier dans le cadre de la politique du ministère des Affaires indiennes. La principale raison invoquée est que la bande veut que la réserve en question, Quinsam n° 12, lui soit remise malgré le fait que cette réserve est présentement occupée, comme elle l'a toujours été, par une autre bande, la bande de Cape Mudge. Conformément à la position habituelle prévue par la politique du ministère des Affaires indiennes, il ne saurait être porté atteinte aux droits de tierces parties pour indemniser une bande à l'égard d'une perte reconnue dans le cadre de la politique.

Je présume que vous recevrez officiellement signification des documents ayant trait à cette action et, afin de vous aider à préparer une défense, vous trouverez ci-joint copie de mes avis datés des 22 octobre 1985 et 8 mars 1985 respectivement, cette dernière ayant été quelque peu modifiée par l'opinion du 22 octobre, ainsi qu'une copie d'une note de service datée du 14 novembre 1985 qu'a envoyée Manfred Klein à M. Harvey, l'informant qu'il était prêt à recommander au ministre des Affaires indiennes que celui-ci déclare la revendication recevable dans le cadre de la politique.

Les documents sur lesquels repose mon avis ont été examinés et se trouvent présentement au Bureau des revendications des Autochtones de Vancouver. Manfred Klein, de ce bureau, vous fournira ces documents au besoin.

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 13 décembre 1985

-2-

For your further information, certain aspects of this claim were the subject of correspondence with Thomas Marsh of your office and were also discussed with Ian Binnie in Ottawa. In particular, Ian Binnie formed the opinion that the McKenna McBride report, to the extent that it specified that Quinsam Reserve No. 12 was the Campbell River Band's Reserve, should be taken at its face value notwithstanding the apparent fact that the designation of the Reserve for this band stemmed from an administrative error in the list of reserves on which the Commission relied as its primary source of information.

If I can be of any assistance to the member of your staff to whom the file is assigned, I would be most pleased.



M.T.

Encl.

cc: D. F. Friesen, General Counsel
Civil Litigation (Common Law Section) Ottawa Headquarter.

I. Binnie, Associate Deputy Minister, Ottawa Headquarter:

M. Freeman, Sr. Counsel, Native Law Section, Ottawa
Headquarters.

M. Klein, Negotiator, Specific Claims Branch, Vancouver
Regional Office

D. K. Goodwin, Assistant Deputy Minister, Indian and
Inuit Affairs Program

-2-

De plus, je tiens à vous informer que certains aspects de la revendication ont fait l'objet de correspondance entre Thomas Marsh, de votre bureau, et de discussions avec Ian Binnie à Ottawa. En particulier, Ian Binnie a exprimé l'avis que le rapport McKenna McBride, dans la mesure où il y est précisé que la réserve Quinsam n° 12 était la réserve de la bande de Campbell River, devrait être pris à la lettre, indépendamment du fait que l'attribution de la réserve à cette bande découle d'une erreur administrative dans la liste des réserves que la Commission a utilisée comme principale source de renseignements.

Il me fera le plus grand plaisir d'apporter mon aide au membre de votre personnel à qui le dossier sera confié.

M.T.

P.j.

c.c. : D. F. Friesen, avocat général

Contentieux des affaires civiles (section de common law),
Administration centrale, Ottawa

I. Binnie, sous-ministre adjoint, Administration centrale, Ottawa

M. Freeman, avocat-conseil, Section du droit des Autochtones,
Administration centrale, Ottawa

M. Klein, négociateur, Direction générale des revendications
particulières, Bureau régional de Vancouver

D. K. Goodwin, sous-ministre adjoint, Programme des affaires
indiennes et inuites

MEMORANDUM NO. 6Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

January 14, 1986

TO/À: Mary Temple
Office of Native Claims - DIAND

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Campbell River Band Specific Claim

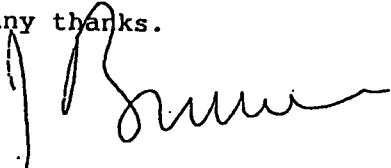
Comments/Remarques

I acknowledge with thanks receipt of a copy of your note of December 13, 1985 which states in part:

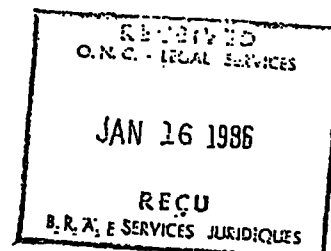
"Ian Binnie formed the opinion that the McKenna McBride Report, to the extent that it specified that Quinsam Reserve No. 12 was the Campbell River Band's reserve should be taken at its face value notwithstanding the apparent fact that the designation of the reserve for this Band stemmed from an administrative error in the list of reserves on which the Commission relied as its primary source of information."

I recall some discussion about this, but not in the raw terms you have stated it. Could you let me have a note setting out the factual circumstances of the case and the legal points addressed in our discussion and any other relevant legal points you think should be considered?

Many thanks.


Ian Binnie
/hdm

c.c.: Bob Green



NOTE DE SERVICE N° 6

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 14 janvier 1986

TO/À: Mary Temple
Bureau des revendications des Autochtones - MAINC

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Revendication particulière de la bande de Campbell River

Comments/Remarques

J'accuse par les présentes réception d'une copie de votre note du 13 décembre 1985, dont je vous remercie et dans laquelle on peut lire ce qui suit :

« Ian Binnie a exprimé l'avis que le rapport McKenna McBride, dans la mesure où il y est précisé que la réserve Quinsam n° 12 était la réserve de la bande de Campbell River, devrait être pris à la lettre, indépendamment du fait que l'attribution de la réserve à cette bande découle d'une erreur administrative dans la liste des réserves que la Commission a utilisée comme principale source de renseignements. »

Je me souviens d'une discussion à ce sujet, mais pas dans les termes sommaires dans lesquels vous énoncez la chose. Pourriez-vous me faire parvenir une note exposant les faits de l'affaire et les questions de droit dont nous avons discuté, ainsi que toute autre question de droit pertinente qui, selon vous, devrait être examinée?

Merci beaucoup.

Ian Binnie
/hdm

c.c. : Bob Green

MEMORANDUM NO. 7

Department of Justice Ministère de la Justice
Canada Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification – Cote de sécurité

File number – numéro de dossier

Date

January 15, 1986

TO/À: Harry Wruck – Vancouver

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Ray Anthony Roberts v, Her Majesty the Queen et al
Federal Court of Canada Trial Division

Comments/Remarques

Thank you for your note of January 16, 1986.
I am delighted with your assignment of this matter
to Bill Scarth. Please let me know if anything happens
that the Minister should be aware of.

Ian Binnie
rg

RECEIVED
JAN 16 1986
DEPARTMENT OF JUSTICE
VANCOUVER, B.C.

NOTE DE SERVICE N^o 7

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: Harry Wruck - Vancouver

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Ray Anthony Roberts c. Sa Majesté la Reine et autres — Cour fédérale du Canada, Section de première instance

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 15 janvier 1986

Comments/Remarques

Je vous remercie de votre note de service du 16 janvier 1986. Je suis ravi que vous ayez attribué cette affaire à Bill Scarth. Je vous saurais gré de me prévenir s'il arrive quoi que ce soit dont le ministre devrait être informé.

Ian Binnie
rg

MEMORANDUM NO. 8

Department of Justice / Ministère de la Justice
Canada / Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

TO/A: Ian Binnie
Associate Deputy Minister, Justice

FROM/DE: Mary Temple
Legal Counsel, Native Claims

SUBJECT/OBJET: Re: Campbell River Band Specific Claim/Litigation

Security Classification - Cote de sécurité <i>Secret</i>
File number - numéro de dossier 1.45.4.2071
Date January 20, 1986

Comments/Remarques

As requested in your memo of January 14, 1986 I will set out hereunder the factual circumstances of this claim and the legal points addressed in our discussion which took place in October 1985.

At the present time the Campbell River Band occupies Reserve No. 11 and the Cape Mudge Band occupies, among other reserves, Reserve No. 12 which is several miles distant from Reserve No. 11. The historical research indicated that the first legal establishment of both reserves was accomplished in 1888 through the issuance of Provincial and Federal Orders in Council and a survey by Mr. Green. In his survey document and report Mr. Green indicated that the reserves were both established for the Cape Mudge Band. The historical evidence indicates that almost immediately there were disputes among members of both bands as to who had the right to occupy and use Reserve No. 11. Reserve No. 12 was not being used to any significant degree until the early part of the twentieth century. The dispute arose because the prime Indian occupants of Reserve No. 11 were members of a family the head of which was officially a member of the Campbell River Band although he had been a resident of a Cape Mudge Band Reserve on a nearby island and had, only a few years before, the establishment of Reserve No. 11 commenced occupation of that reserve late in the year into the winter period. The evidence indicates that this individual attempted to prevent members of the Cape Mudge Band from utilizing Reserve No. 11 notwithstanding attempts by Federal government officials to persuade him that the Reserve had been set aside for all the Indians. By 1907 it was apparent that only members of the Campbell River Band were in occupancy and were the primary users of Reserve No. 11. In an attempt to deal with the discrepancy between this fact and the documented evidence that the Reserve was apparently set aside for the Cape Mudge Band, Federal government officials arranged for a meeting of the Cape Mudge Band which agreed to permit the Campbell River Band to reside on Reserve No. 11 on the condition only that the Cape Mudge Band retain the right to fish in the river in common with the Campbell River Band. There was no compliance with the formal requirements of the Indian Act in respect of surrenders. Federal officials made a change to their departmental record of

NOTE DE SERVICE N° 8

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**TO/À: Ian Binnie
Sous-ministre adjoint, JusticeFROM/DE: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendication des AutochtonesSUBJECT/OBJET: Revendication particulière et action en justice de la bande de Campbell
River

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 20 janvier 1986

Comments/Remarques

Comme vous l'avez demandé dans votre note de service du 14 janvier 1986, je vais exposer ci-après les circonstances factuelles de cette revendication et les questions de droit dont nous avons discuté lors de notre entretien en octobre 1985.

Présentement, la bande indienne de Campbell River occupe la réserve n° 11 et la bande indienne de Cape Mudge occupe, entre autres réserves, la réserve n° 12 qui est située à plusieurs milles de distance de la réserve n° 11. Les recherches historiques ont révélé que les deux réserves avaient été établies juridiquement pour la première fois en 1888 par la prise de décrets fédéral et provincial et par un arpentage réalisé par M. Green. Dans son document d'arpentage et son rapport, M. Green a mentionné que les deux réserves avaient été établies pour la bande indienne de Cape Mudge. La preuve historique indique que des différends ont presque aussitôt pris naissance entre les membres des deux bandes quant à savoir qui avait le droit d'occuper et d'utiliser la réserve n° 11. La réserve n° 12 n'a commencé à être utilisée de façon notable qu'au début du 20^e siècle. Le différend a éclaté parce que les premiers occupants autochtones de la réserve n° 11 étaient membres d'une famille dont le chef était officiellement membre de la bande indienne de Campbell River, bien qu'il résidât dans une réserve de la bande indienne de Cape Mudge située sur une île voisine et que, quelques années auparavant seulement, il avait commencé à occuper cette réserve vers la fin de l'année et pendant l'hiver qui avait suivi. La preuve révèle que cet individu a tenté d'empêcher les membres de la bande indienne de Cape Mudge d'utiliser la réserve n° 11, en dépit des efforts déployés par des fonctionnaires du gouvernement fédéral pour le convaincre que la réserve avait été mise de côté pour tous les Indiens. En 1907, il était clair que seuls les membres de la bande indienne de Campbell River occupaient la réserve n° 11 et en étaient les principaux utilisateurs. Dans le but d'essayer de régler cette divergence entre la situation de fait et la preuve documentaire selon laquelle la réserve avait apparemment été mise de côté pour la bande indienne de Cape Mudge, les fonctionnaires du gouvernement fédéral ont organisé une rencontre avec la bande indienne de Cape Mudge, qui a consenti à permettre à la bande indienne de Campbell River de résider sur la réserve n° 11 à la condition seulement que la bande indienne de Cape Mudge conserve le droit de pêcher conjointement dans la rivière avec la bande indienne de Campbell River. Les conditions formelles prévues par la Loi sur les Indiens en matière de cessions n'avaient pas été respectées. Les fonctionnaires fédéraux avaient modifié le répertoire des réserves du ministère en inscrivant, en regard de la description de la réserve n° 11, le nom de Campbell River à l'endroit où figuraient auparavant une paire de guillemets

-2-

Corrections/Remarques

reserves by writing the name of the Campbell River Band through the entry opposite the description of Reserve No. 11 which entry had previously been a set of quotation marks coming underneath other sets of quotation marks which were topped by the name of the Cape Mudge Band. Since Reserve No. 12 was listed immediately following Reserve No. 11 and since the quotation marks remained unaltered opposite the description of Reserve No. 12, the 1914 printing of this departmental record gave the appearance that both Reserves No.'s 11 and 12 were held for the Campbell River Band and not for the Cape Mudge Band, although in the previous printing of this schedule since quote marks had been entered opposite the description of both reserves and underneath the name of the Cape Mudge Band, the previous version of the schedule of reserves had indicated that both Reserves No.'s 11 and 12 were held for the Cape Mudge Band. There appears to be no authority for giving legal effect to the alteration of the schedule of reserves. In other words, the reprinting of the schedule by the Department could not be considered as officially representing a transfer of interests in either reserves from the Cape Mudge Band to the Campbell River Band. However, the 1914 Schedule of Reserves was the document utilized by the McKenna McBride Royal Commission as the factual basis from which it commenced its review of the B.C. Reserves.

The McKenna McBride report organized its findings into three categories. The first category was in relation to those areas which were recommended to be set aside as new; the second category was in relation to those areas which, according to the 1914 schedule, had already been set aside for a particular band but which the commission was recommending be freed of reserve status; the third category being those reserves which had already been set aside for a particular band or bands according to the 1914 schedule and in respect of which the Commission was recommending confirmation of that status. In the report both reserves no. 11 and 12 were placed in the latter category, namely, confirmations, but in reflection of the 1914 schedule the name of the band for both reserves was that of the Campbell River Band. Although there was legislative authority for the McKenna McBride Commission to remove the Indian status from reserve lands, because the information at their disposal apparently led them to believe that the legal status of reserves no.'s 11 and 12 was such that only the Campbell River Band had an interest therein, and because they entered these two reserves in the confirmation part of their report, I had suggested that the record be interpreted so as not to give legal effect to what appeared on the face of the Royal Commission report on the grounds that Indian interest should not, in law, be considered as one which could be taken away inadvertently but could only be taken away, assuming adequate legislative authority, by a conscious act.

Comments/Remarques

inscrits en dessous d'autres paires de guillemets au-dessus desquelles était inscrit le nom bande indienne de Cape Mudge. Comme la réserve n° 12 suivait immédiatement la réserve n° 11 dans la liste et que les guillemets figurant en regard de la description de la réserve n° 12 n'ont pas été modifiés, l'édition de 1914 de ce registre ministériel semblait indiquer que les réserves n^{os} 11 et 12 étaient détenues pour la bande indienne de Campbell River et non pour la bande indienne de Cape Mudge, malgré le fait que, comme dans l'édition précédente de ce répertoire des guillemets avaient été inscrits en regard de la description des deux réserves et sous le nom bande indienne de Cape Mudge, d'après cette version antérieure du répertoire les réserves n^{os} 11 et 12 étaient détenues pour la bande indienne de Cape Mudge. Rien ne semble justifier d'accorder quelque effet juridique à la modification du répertoire des réserves. En d'autres mots, la réédition du répertoire par le ministère ne pouvait être considérée comme ayant pour effet de constater officiellement le transfert d'intérêts dans l'une ou l'autre réserve de la bande indienne de Cape Mudge à la bande indienne de Campbell River. Toutefois, le répertoire des réserves de 1914 est le document qui a été utilisé par la Commission royale McKenna McBride comme fondement factuel à partir duquel elle a entrepris son examen des réserves en Colombie-Britannique.

Dans le rapport McKenna McBride, les conclusions sont classées en trois catégories. La première catégorie avait trait aux terres à l'égard desquelles on recommandait une nouvelle mise de côté; la deuxième catégorie avait trait aux terres qui, selon le répertoire de 1914, avaient déjà été mises de côté pour une bande donnée mais à l'égard desquelles la Commission recommandait de retirer le statut de réserves; la troisième catégorie avait trait aux réserves qui avaient déjà été mises de côté pour une ou des bandes données selon le répertoire de 1914 et à l'égard desquelles la Commission recommandait la confirmation de ce statut. Dans le rapport, les réserves n^{os} 11 et 12 ont été classées dans cette dernière catégorie, à savoir les confirmations, mais, reflétant les données du répertoire de 1914, la bande dont le nom était inscrit pour les deux réserves était la bande indienne de Campbell River. Bien que la Commission McKenna McBride ait possédé le pouvoir de retirer la qualité de terres indiennes aux terres de réserve, du fait que les renseignements dont elle disposait l'avaient apparemment amené à croire que le statut juridique des réserves n^{os} 11 et 12 était tel que seule la bande indienne de Campbell River avait un intérêt dans celles-ci et du fait qu'elle a inscrit ces deux réserves dans la catégorie des confirmations du rapport, j'ai suggéré que l'on interprète le répertoire de manière à ne pas donner d'effet juridique à ce qui figurait dans le rapport de la Commission royale, sur le fondement que des intérêts indiens ne doivent pas, en droit, être considérés comme des droits qui peuvent être retirés par inadvertance, mais seulement au moyen d'un acte délibéré, à supposer qu'une telle mesure soit autorisée par la loi.

Lors de notre discussion au sujet de cette revendication en octobre 1985, nous avons surtout parlé d'une autre question de droit. Cependant, lorsque nous avons abordé la question de l'effet du rapport de la Commission McKenna McBride sur les réserves n^{os} 11 et 12, vous avez indiqué qu'une interprétation des termes clairs du rapport McKenna McBride comme celle que j'ai proposée ne devrait pas être soutenue et que le rapport devrait être pris à la lettre, de sorte que seule la bande de Campbell River soit investie légalement d'un droit dans ces deux réserves. Si j'ai bien compris les raisons que vous invoquez au soutien de cette position, ce serait que, si nous commençons à mettre en doute de quelque façon que ce soit certains éléments tels qu'ils figurent au dossier, nous remettrions en question d'autres aspects du rapport McKenna McBride.

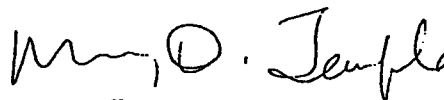
-3-

Comments/Remarques

In our discussion of this claim in October 1985, we spent most of the time on another legal issue. However, when we turned to the issue of the effect of the McKenna McBride Commission report vis a vis Reserves No.'s 11 and 12, you indicated that such a qualification of the apparent terms of the McKenna McBride Report, as suggested by me, should not be supported and that a report should be accepted on its face so as to result in the legal vesting of an interest for the Campbell River Band only in these two reserves. My understanding of your reasons for such a position was that if we started to qualify the face of the record in any way, we would call into question other aspects of the McKenna McBride exercise.

The other issue on which we spent most of our time during the October discussion was in relation to the question of the effect of the B.C. Land Act Legislation on the establishment of Reserves during the time of the nineteenth century reserve commissions. In particular, one interpretation of this legislation would have confirmed the necessity of publishing in the B.C. Gazette the decision of the B.C. Government or officials authorized by it to establish reserves for bands before a band could be considered to have a vested interest in such a reserve. We concluded that notwithstanding the basis for such an interpretation, we should maintain the position that at least with respect to the Campbell River and Quinsam Reserves there was no requirement to gazette notices of those reserves before they could be considered to have been established. The legislation in question was somewhat ambiguous and our decision reflected an attempt to support an interpretation which was, of course, reasonably arguable but which also was reflective of the treatment of these reserves during the period preceeding the McKenna McBride report implementation.

I trust this memo meets your request and if you have any further concerns with the analysis I have presented in my various memos I would most appreciate hearing from you. If I can provide you with any further information, recollections or analysis on the matter I would be pleased to do so.


M.T.

-3-

Comments/Remarques

L'autre question à laquelle nous nous sommes attaqués lors de la discussion du mois d'octobre concernait l'effet de la loi de la C.-B. intitulée Land Act sur la création des réserves à l'époque des commissions des réserves au dix-neuvième siècle. En particulier, une des interprétations de cette loi aurait confirmé la nécessité de publier dans la Gazette de la C.-B. la décision du gouvernement de cette province, ou de ses fonctionnaires autorisés, de créer des réserves pour les bandes avant qu'on puisse considérer qu'une bande possède un intérêt dévolu dans une de ces réserves. Nous avons conclu que, quel que soit le fondement de cette interprétation, nous devrions continuer de soutenir, du moins en ce qui concerne les réserves de Campbell River et de Quinsam, qu'il n'existait aucune obligation de publier un avis préalable dans la Gazette pour que l'on puisse considérer qu'elles avaient été créées. La loi en question était assez ambiguë et notre décision reflétait une tentative de soutenir une interprétation qui, bien sûr, était raisonnablement défendable, mais tenait compte aussi du traitement accordé à ces réserves pendant la période précédant la mise en œuvre du rapport McKenna McBride.

J'espère que la présente note de service répond à vos questions et, si vous avez besoin de plus amples renseignements concernant l'analyse que j'ai exposée dans mes différentes notes de service, j'aimerais beaucoup que vous m'en fassiez part. Si je peux vous communiquer d'autres renseignements, souvenirs ou analyses en rapport avec cette affaire, je me ferai un plaisir de le faire.

M.T.

MEMORANDUM NO. 9

Department of Justice Ministère de la Justice
Canada Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification — Cote de sécurité

File number — numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

February 25, 1986

TO/A: Ian Binnie
Associate Deputy Minister, Dept. of Justice

FROM/DE: Mary Temple
Legal Counsel, Native Claims

SUBJECT/OBJET:

Re: Federal Court Action No. T-2652-85 Roy Anthony
Roberts et al (Campbell River Indian Band) v. Her Majest:
The Queen et al (Cape Mudge Indian Band)

Comments/Remarques

Enclosed herein for your information, in case you have not already received a copy, is a copy of the Statement of Claim filed in this action. As you may recall, we discussed this case when it was still in the ONC claims process and before the Campbell River Band decided to proceed with litigation. I have communicated to Bill Scarth, who has carriage of the action, the wish of the client department that a full defense be filed since such a defense would be consistent with the administrative actions which have been taken in the past by the client department vis a vis these two bands and their reserves and which are still being taken. In other words, the client department has consistently dealt with Reserve No. 12 as if the Cape Mudge Indian Band was the only one with an interest therein. When we discussed the position the Crown should take for the purpose of negotiating a settlement under the claims process, we decided to recommend acceptance of the Campbell River Band's claim for negotiation since to do otherwise would suggest that the implementation of the McKenna McBride Report was ineffective to vest Reserve No. 12 in the Campbell River Indian Band. At the time, this position was understood to be justified since although both on legal issues and factual issues the claim was debatable, there seem to be sufficiently reasonable arguments to support it so as to justify settlement, at least on a pro-rated basis, especially since it would presumably have involved a surrender by the Campbell River Band and therefore a clarification of the interest of the Cape Mudge Band in the Reserve.

I would just like to note for your information that a full defense of the action by the Crown might involve the Crown in arguing some qualification or interpretation of the implementation of the McKenna McBride Report which was a position which in our discussions respecting negotiation of the claim you advised against. It seemed to Bob Green and I and to

NOTE DE SERVICE N° 9

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: Ian Binnie
Sous-ministre adjoint, ministère de la Justice

FROM/DE: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendication des Autochtones

SUBJECT/OBJET: Action en Cour fédérale no T-2652-85, Roy Anthony Roberts et autres
(bande indienne de Campbell River) c. Sa Majesté la Reine et autres
(bande indienne de Cape Mudge)

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 25 février 1986

Comments/Remarques

Au cas où vous ne l'auriez pas déjà reçue, vous trouverez ci-joint, à titre d'information, une copie de la déclaration qui a été déposée dans le cadre de la présente action. Vous vous rappellerez que nous avons discuté de ce dossier pendant que celui-ci suivait encore son cours dans le processus du Bureau des revendications des Autochtones et avant que la bande de Campbell River n'ait décidé de s'adresser aux tribunaux. J'ai fait part à Bill Scarth, qui est chargé de la direction de l'action, du souhait exprimé par le ministère client qu'une défense complète soit déposée, car une telle démarche serait compatible avec les mesures administratives prises dans le passé à l'égard de ces deux bandes et de leurs réserves, et de celles qu'il continue de prendre. En d'autres mots, le ministère client a toujours considéré que seule la bande indienne de Cape Mudge avait un intérêt dans la réserve n° 12. Lorsque nous avons discuté de la position que la Couronne devrait adopter durant la négociation d'un règlement en vertu du processus de règlement des revendications, nous avons décidé de recommander d'accepter la revendication de la bande de Campbell River aux fins de négociation, car agir autrement laisserait entendre que la mise en œuvre du rapport McKenna McBride n'avait pas eu pour effet d'attribuer la réserve n° 12 à la bande indienne de Campbell River. Par ailleurs, cette position était considérée comme bien fondée parce que, même si la revendication était discutable, tant en droit qu'en fait, elle semblait étayée par suffisamment d'arguments raisonnables pour justifier un règlement, du moins au prorata, d'autant plus qu'elle aurait probablement nécessité une cession par la bande de Campbell River et, par conséquent, une clarification de l'intérêt de la bande de Cape Mudge dans la réserve.

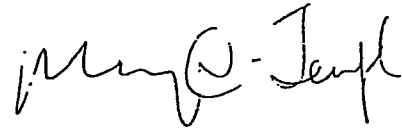
Je tiens également à vous signaler, à titre d'information, que la présentation par la Couronne d'une défense complète pourrait amener cette dernière à faire une certaine atténuation ou interprétation de l'application du rapport McKenna McBride, position que vous avez déconseillée lors de nos discussions concernant les négociations. II

-2-

Comments/Remarques

the Departmental officials that such a defense in the context of this court action was, nevertheless, justified.

If you have any further concerns in respect of these decisions we would most appreciate hearing from you.



M.T.

Encl.

cc: B. Scarth

Comments/Remarques

-2-

nous a semblé, à Bob Green, à moi, ainsi qu'aux fonctionnaires du ministère que, dans le contexte de la présente action, cette défense était néanmoins justifiée.

Si vous avez quelque réserve à l'égard des ces décisions, nous vous saurions gré de nous en faire part.

M. T.

Pj.

c.c. : B. Scarth

MEMORANDUM NO. 10

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

TO/A: . Barth
Legal Counsel

FROM/DE: Mary Temple
Legal Counsel, Native Claims

SUBJECT/OBJET: Re: Federal Court Action No. T-2652-85 Roy Anthony
Roberts et al (Campbell River Indian Band) v. Her
Majesty The Queen et al (Cape Mudge Indian Band)

Comments/Remarques

I have been instructed by Janice Zaharko, Director, Legal Liaison and Support for DINA and Bob Goudie, Director, Native Claims for DINA, to request that you file a full statement of defense in this action. In particular, the statement of defense should deny that the Crown wrongly or improperly permitted the Cape Mudge Indian Band to occupy Reserve No. 12 since the position of the Department has been, since the latter part of the 19th century, that the Cape Mudge Indian Band had the right to occupy and use Reserve No. 12. Although this position may appear to be contradictory to the intention of Departmental officials to recommend negotiation for settlement of the claim by the Campbell River Indian Band, the position of officials in respect of that claim when it was in the claims process (before litigation commenced) was based on the recognition that both the factual and legal issues in this case were debatable and that since there seem to be a reasonable ground to support the Campbell River Band position, settlement on at least a pro-rated basis, particularly if it resulted in surrender so as to clarify the right of the Cape Mudge Band to Reserve No. 12, was justified. However, in the context of litigation, the debatability of the arguments in support of the Campbell River Band Claim do not seem to justify the Crown failing to put in a defense which supports the administrative action taken by its officials vis a vis the Cape Mudge Indian Band.

Since such a defense might result in legal arguments which involve "going behind" the face of the McKenna McBride decisions as implemented by the legislation and Orders in Council, these instructions are being communicated to Ian Binnie because when the Government position respecting the claim was initially discussed with him, he advised that, at least, in the claims process we should not challenge the McKenna McBride report itself.

Security Classification - Cote de sécurité	
File number - numéro de dossier	
RECEIVED	2071
MAR 4 1986	February 25, 1986
DEPARTMENT OF JUSTICE VANCOUVER, B.C.	

NOTE DE SERVICE N° 10

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**TO/À: Bill Scarth
Conseiller juridiqueFROM/DE: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendication des Autochtones

SUBJECT/OBJET: Action en Cour fédérale no T-2652-85, Roy Anthony Roberts et autres (bande indienne de Campbell River) c. Sa Majesté la Reine et autres (bande indienne de Cape Mudge)

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 25 février 1986

Comments/Remarques

J'ai reçu instruction de Janice Zaharko, directrice, liaison et soutien juridique, MAIN et Bob Goudie, directeur, Revendication des Autochtones, MAIN, de vous demander de déposer une défense complète dans l'action mentionnée en rubrique. La défense devrait notamment nier que le ministère public aurait, à tort ou irrégulièrement, autorisé la bande indienne de Cape Mudge à occuper la réserve n° 12, étant donné que le ministère a comme position, depuis la fin du 19^e siècle, que c'était la bande indienne de Cape Mudge qui avait le droit d'occuper et d'utiliser la réserve n° 12. Bien que cette position puisse paraître incompatible avec l'intention des fonctionnaires du ministère de recommander la négociation d'un règlement de la revendication présentée par la bande indienne de Campbell River, la position des fonctionnaires quant à cette revendication, lorsqu'elle était à l'étape du règlement des revendications (avant le dépôt de l'action), était fondée sur la reconnaissance que tant les questions de fait que les questions de droit soulevées par la présente affaire étaient discutables et que comme la position de la bande indienne de Campbell River semble avoir un fondement raisonnable, un règlement, au moins au prorata, particulièrement s'il en résultait une cession visant à clarifier le droit de la bande indienne de Cape Mudge à l'égard de la réserve n° 12, était justifié. Toutefois, dans le contexte de l'action en justice, le caractère discutabile des arguments à l'appui de la revendication de la bande indienne de Campbell River ne semble pas justifier que la Couronne s'abstienne de présenter une défense appuyant les mesures administratives prises par les fonctionnaires à l'égard de la bande indienne de Cape Mudge.

Puisqu'une telle défense pourrait amener la présentation d'arguments juridiques impliquant le « réexamen » des décisions de la Commission McKenna McBride mises en œuvre par la législation et les décrets, les présentes directives sont transmises à Ian Binnie parce que, lorsque nous avons initialement discuté avec lui de la position du gouvernement à l'égard de la revendication, il a conseillé de ne pas contester le rapport McKenna McBride lui-même, du moins pas pendant le processus des revendications.

-2-

Comments/Remarques

These instructions are in accordance with advice from this legal service since it seemed to us that not only was it supportive of past departmental action (and of current dealings with the two reserves) but also because it seems there are good arguments to support a defense of the positions taken by the plaintiff in the Statement of Claim.

If I or any one else in Ottawa can be of further assistance to you in respect of the development of the Statement of Claim or in any other matter touching on this action, please do not hesitate to contact us.



M.T.

cc: J. Zaharko
P. Goudie

-2-

Comments/Remarques

Ces instructions sont conformes aux conseils formulés par notre contentieux, puisqu'il nous semble non seulement qu'elles appuient les actions passées du ministère (et ses rapports actuels avec les deux réserves), mais également qu'il y a de solides arguments à opposer, en défense, aux positions avancées par la partie demanderesse dans la déclaration.

Si moi-même ou quelqu'un d'autre à Ottawa pouvons vous aider davantage relativement à la préparation de la défense ou à toute autre question ayant trait à la présente action, n'hésitez pas à communiquer avec nous.

M.T.

c.c. : J. Zaharko
P. Goudie

MEMORANDUM NO. 11

Canada

Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Carol Pepper
 Legal Counsel, Specific Claims Branch
 TO/A: Vancouver

FROM/DE: Mary Temple
 Legal Counsel, Native Claims
 SUBJECT/OBJET: Recent Legal Opinions

Security Classification - Code de sécurité
File number - numéro de dossier
1.45.4.2071
Date
February 27, 1986

Comments/Remarques

In response to your request of February 13, 1986 I have culled from my Campbell River Claim file (Quinsam Reserve No. 12) a number of opinions which I enclose. As you can see the opinions fall into two categories. Those which I have bundled together and marked package #1 relate to the specific issue of the necessity for gazetting notices of Indian Reserves in order to properly establish them during the latter part of the 19th century. The second, which I have bundled and marked package #2, relate to the other issues which were raised in the Campbell River claim. Please note that my March 8 memo to the ONC Office was merely my preliminary position and following my subsequent meeting with the band lawyer and further consultations in Ottawa I reversed my position on several issues which I will note below.

1. With respect to paragraph 4 on page 6 of my March 8 memo I eventually did take the position that the McKenna McBride exercise had the effect of changing the band which had an interest in the reserve, assuming that any band had been vested with an interest in a reserve before McKenna McBride dealt with it.
2. With respect to the middle paragraph on page 8 of my March 8 memo, in my reference to the implementation of the Ditchburn and Clark alterations, I subsequently changed my opinion so as to accept the position that the 1924 Order in Council does give effect to confirmations as specified by McKenna McBride although it gives effect only to the alterations of Ditchburn and Clark which touch on new reserves or cut-offs from reserves. Although I eventually reflected Ian Binnie's preferred position (to not "go behind" the McKenna McBride Report, I think it is nevertheless reasonably arguable that even if the McKenna McBride Report as given effect eventually by the 1924 Order in Council, among other Acts, can be said in general to have established new reserves, altered existing reserves and confirmed various other existing reserves, (or established new reserves by means of "confirmation" if for some reason it appears the "existing" reserve was not in fact validly established?) in the case of one such as Campbell River where they

NOTE DE SERVICE N° 11

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

Security Classification - Cote de sécurité
File number - numéro de dossier 1.45.4.2071
Date Le 27 février 1986

TO/À: Carol Pepper
Conseillère juridique, Direction des revendications particulières
Vancouver

FROM/DE: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendication des Autochtones

SUBJECT/OBJET: Avis juridiques récents

Comments/Remarques

En réponse à votre demande du 13 février 1986, j'ai extrait de mon dossier sur la revendication de la bande indienne de Campbell River (réserve Quinsam n° 12) un certain nombre d'avis que j'ai inclus à la présente note. Comme vous pouvez le constater, ces avis se classent en deux catégories. Ceux que j'ai regroupés et désignés liasse n° 1 portent sur la question précise de la nécessité, à la fin du 19^e siècle, de publier dans la Gazette des avis pour établir légalement les réserves indiennes. La deuxième catégorie d'avis que j'ai réunis et désignés liasse n° 2 ont trait aux autres questions qui ont été soulevées dans le cadre de la revendication de la bande indienne de Campbell River. Veuillez noter que ma note de service du 8 mars au Bureau des revendications des Autochtones n'était que ma position préliminaire et que, à la suite d'une rencontre ultérieure avec l'avocat de la bande et d'autres consultations à Ottawa, j'ai modifié ma position sur plusieurs points, comme je le précise ci-dessous.

1. En ce qui concerne le paragraphe 4 à la page 6 de ma note de service du 8 mars, j'ai en fin de compte arrêté l'opinion que le rapport McKenna McBride avait eu pour effet d'attribuer à une autre bande l'intérêt dans la réserve, en supposant toujours qu'une bande ait obtenu un tel intérêt avant que McKenna McBride ne tranche la question.
2. En ce qui concerne le paragraphe figurant au milieu de la page 8 de ma note du 8 mars, dans la mention que je fais de la mise en œuvre des modifications apportées par Ditchburn et Clark, j'ai subséquemment changé d'avis et souscrit à la position selon laquelle le décret de 1924 donne effet aux confirmations précisées par McKenna McBride, bien qu'il donne effet uniquement aux modifications apportées par Ditchburn et Clark qui concernent de nouvelles réserves ou des terres retranchées à des réserves existantes. Bien que j'aie en bout de ligne adopté la position préconisée par Ian Binnie (à savoir de ne pas « aller au-delà de la lettre » du rapport McKenna McBride), j'estime qu'on peut néanmoins raisonnablement prétendre que, même si le rapport McKenna McBride, tel que lui a finalement donné effet le décret de 1924, entre autres textes de loi, peut de façon générale être considéré comme ayant eu pour effet d'établir de nouvelles réserves, de modifier des réserves existantes et de confirmer diverses autres réserves existantes (ou d'établir de nouvelles réserves par voie de « confirmation » si, pour une raison quelconque, il semble que la réserve « existante » n'avait pas dans les faits été validement établie?), dans le cas d'une réserve comme celle de Campbell River, où la confirmation reposait

-2-

Comments/Remarques

base their confirmation on a faulty piece of information since they through the language that they used intended only to maintain the status quo, their stated disposition of the reserve to a band other than the one in which it had been originally vested cannot be considered to take effect since to do so would result in an unintentional dissolution of the Indian interest.

3. On page 9 of my March 8 memo I state a position respecting the 1938 Order in Council on which I was persuaded to shift so that although it was eventually not necessary to communicate this in later memos I was persuaded that the 1938 Order in Council could have the effect of vesting areas anew for specific bands but because of the surrender provisions of the Federal Indian Act, it did not appear to me to be arguable that such a provincial order in council could alter any existing band interests in reserves.

With respect to my April 26, 1985 memo to ONC please note also that subsequent to this memo I did provide an opinion indicating the different position respecting the scope of the implementation of the McKenna McBride report, as amended by the Ditchburn and Clark changes.

I trust this documentation may be at least of interest to you and hopefully of some assistance in your current files.



M.T.

-2-

Comments/Remarques

sur des renseignements erronés, étant donné que les auteurs, par le langage qu'ils ont utilisé, entendaient seulement maintenir le statu quo, l'aliénation qu'ils disaient faire de la réserve en faveur d'une bande autre que celle à laquelle elle avait été attribuée à l'origine ne saurait être considérée comme produisant ses effets, car il en résulterait une extinction involontaire de l'intérêt des Indiens dans la réserve.

3. À la page 9 de ma note du 8 mars, j'énonce, concernant le décret de 1938, une position à laquelle on m'a convaincue de me rallier, de sorte que, bien qu'il n'ait pas été nécessaire en bout de ligne d'en faire part dans mes notes de service ultérieures, le décret de 1938 pouvait, j'en étais persuadée, avoir pour effet d'attribuer à nouveau des secteurs à des bandes données, mais compte tenu des dispositions de la Loi fédérale sur les Indiens en matière de cessions, il ne me semblait pas possible de prétendre qu'un tel décret provincial puisse modifier quelque intérêt existant des bandes dans les réserves.

En ce qui concerne ma note de service du 26 avril 1985 au Bureau des revendications des Autochtones, veuillez noter également que, postérieurement à cette note de service, j'ai effectivement produit un avis exposant la position différente concernant la portée de la mise en œuvre du rapport McKenna McBride, tel qu'il avait été modifié par les changements apportés par Ditchburn et Clark.

J'espère que ces documents sauront à tout le moins vous intéresser sinon peut-être même vous être utiles dans vos dossiers actuels.

M.T.

MEMORANDUM NO. 12

Canada

 Ministère de la Justice
 Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

March 3, 1986

TO/À: W.I.C. Binnie, Q.C.
Associate Deputy Minister

FROM/DE: W. B. Scarth
Vancouver Regional Office

SUBJECT/OBJET: Roberts et al v. Her Majesty
the Queen et al

Comments/Remarques

Enclosed is copy of the Defence filed on behalf of the Crown on February 28, 1986.

I think this reflects the positions of both Justice and Indian Affairs. Necessarily, because I have not been told whether the Cape Mudge Band intends suing the Crown, the defence lacks some specificity and may require amendment at a later time. In any event I have attempted not to repudiate the McKenna-McBride Commission report.

W.B.S.

WBS/dg

NOTE DE SERVICE N° 12

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: W.I.C. Binnie, c.r.
Sous-ministre adjoint

FROM/DE: W. B. Scarth
Bureau régional de Vancouver

SUBJECT/OBJET: Roberts et autres c. Sa Majesté la Reine et autres

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 3 mars 1986

Comments/Remarques

Vous trouverez ci-joint copie de la défense produite au nom de la Couronne le 28 février 1986.

Je crois qu'elle reflète les positions du ministère de la Justice et du ministère des Affaires indiennes. Comme on ne m'a pas dit si la bande indienne de Cape Mudge entendait poursuivre la Couronne, il va de soi que la défense n'est pas très précise et pourrait devoir être modifiée ultérieurement. Quoiqu'il en soit, j'ai tenté de ne pas répudier le rapport de la Commission Mckenna-McBride.

W.B.S.

WBS/dg

MEMORANDUM NO. 13

Department of Justice Ministère de la Justice
Canada Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date:

March 5, 1986

TO/A: Mary Temple
 Legal Counsel, Native Claims

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Federal Court Action No. T-2652-85
 Roy Anthony Roberts et al. (Campbell River
 Indian Band) v. Her Majesty the Queen et al
 (CAPE Mudge Indian Band)

Comments/Remarques

Thank you for your memorandum dated February 25, 1986 together with a copy of the Statement of Claim which was filed in the Federal Court of Canada on December 2, 1985 with respect to the above noted matter. With respect to the treatment of the McKenna McBride Report, I suggest that we all await the advice of Bill Scarth as to how this aspect of our possible defence should be dealt with. So far as I am concerned Bill Scarth is in charge of the file. I am sure he will take note of the view expressed by you and Bob Green and "departmental officials" that it would be appropriate in the Crown's defence to argue some qualification or interpretation of the implementation of the McKenna McBride Report.

I look forward to hearing Bill Scarth's views on this aspect of the matter in due course. We will then decide what to do.

Ian Binnie
rg

✓ CC: Bill Scarth, Q.C.
Dogan Akman (with enclosures)

RECEIVED
MAR - 6 1986

DEPARTMENT OF JUSTICE
VANCOUVER, B.C.

NOTE DE SERVICE N^o 13

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date
Le 5 mars 1986TO/À: **Mary Temple**
Conseillère juridique, Revendications des Autochtones

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: **Action en Cour fédérale no T-2652-85, Roy Anthony Roberts et autres**
(bande indienne de Campbell River) c. Sa Majesté la Reine et autres
(bande indienne de Cape Mudge)

Comments/Remarques

Je vous remercie de votre note de service du 25 février 1986 et de la copie de la déclaration qui a été déposée en Cour fédérale du Canada le 2 décembre 1985 dans l'affaire susmentionnée. Pour ce qui est du traitement qu'il faut réserver au rapport McKenna McBride, je suggère d'attendre l'avis de Bill Scarth sur la façon dont cet aspect de notre éventuelle défense devrait être abordé. En ce qui me concerne, c'est Bill Scarth qui est responsable du dossier. Je suis certain qu'il tiendra compte de l'opinion que vous, Bob Green et les « fonctionnaires du ministère » avez formulée et selon laquelle il conviendrait que la Couronne invoque en défense une certaine atténuation ou interprétation de la mise en œuvre du rapport McKenna McBride.

J'attends que Bill Scarth me fasse part, en temps et lieu, de son opinion sur cet aspect de l'affaire. Nous déciderons alors de ce qu'il faut faire.

Ian Binnie
rgc.c. : **Bill Scarth, c.r.**
Dogan Akman (avec pièces jointes)

MEMORANDUM NO. 14

Department of Justice / Ministère de la Justice
Canada / Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

February 3, 1988

TO/À: E.A. Bowie, Q.C.
Assistant Deputy Attorney General

FROM/DE: W. B. Scarth
Vancouver Regional Office

SUBJECT/OBJET: Roy Anthony Roberts et al
v. Her Majesty the Queen et al

Comments/Remarques

During our meeting in Vancouver last week (January 29th) I undertook to write you with respect to an issue which arises in the above captioned case and which, in my view, should be considered in the context of not only this case but also of the claims based on aboriginal rights being made in British Columbia.

Shortly put, it is fundamental to our defence in Roberts that the two reserves in question be determined by the Court to have been allotted to the Cape Mudge Band prior to 1900. On the other hand, the interests of the Crown in the Gitksan Carrier and Pasco actions would no doubt be better served by a ruling that reserves in British Columbia were not created until at least 1930 because there will then be available a stronger argument that provincial legislation has effectively extinguished certain aboriginal rights insofar as reserve lands are concerned.

To the above I would add that our position has, in previous cases, been that reserves were established in or before 1887, notwithstanding the lands were not conveyed to Canada by British Columbia until 1930. The Province, on the other hand, has traditionally taken the position that the lands did not become "lands reserved for the Indians" until 1938. (See Moses et al v. The Queen et al [1977] 4 W.W.R. 474, at p. 477; Dunstan et al v. Hell's Gate Enterprises Ltd. et al (1985) 22 D.L.R. (4th) 568, at pp. 597-8.)

Insofar as the Roberts case is concerned, the significance of arguing that the two reserves were allotted to the Cape Mudge Band prior to 1900 may be seen from the following summary:

NOTE DE SERVICE N° 14

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: E.A. Bowie, c.r.
Sous-procureur général adjoint

FROM/DE: W.B. Scarth
Bureau régional de Vancouver

SUBJECT/OBJET: Roy Anthony Roberts et autres c. Sa Majesté la Reine et autres

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

Lors de notre réunion à Vancouver, la semaine dernière (le 29 janvier), j'ai promis de vous écrire concernant une question qui est soulevée dans l'affaire mentionnée en rubrique et qui, à mon avis, doit être examinée non seulement dans le contexte de ce dossier mais également dans celui des revendications fondées sur les droits ancestraux qui sont présentées en Colombie-Britannique.

Bref, il est essentiel pour notre défense dans l'affaire Roberts que le tribunal juge que les deux réserves en question ont été attribuées à la bande indienne de Cape Mudge avant 1900. En revanche, les intérêts de la Couronne dans les affaires Gitksan Carrier et Pasco seraient assurément mieux servis par une décision statuant que, en Colombie-Britannique, les réserves n'ont pas été créées avant 1930 au moins, parce que l'on disposerait alors d'un argument encore plus solide portant que les dispositions législatives provinciales ont effectivement éteint certains droits ancestraux, du moins en ce qui concerne les terres de réserve.

J'ajouterais à ce que qui précède que, dans des affaires antérieures, nous avons plaidé que les réserves ont été créées en 1887 ou avant, malgré le fait que la Colombie-Britannique n'ait pas transféré les terres au fédéral avant 1930. Pour sa part, la province a toujours prétendu que les terres ne sont pas devenues des « terres réservées pour les Indiens » avant 1938 (voir Moses et al. c. The Queen et al. [1977] 4 W.W.R. 474, p. 477; Dunstan et al. c. Hell's Gate Enterprises Ltd. et al. (1985) 22 D.L.R. (4th) 568, p. 597-598.)

Pour ce qui concerne l'affaire Roberts, le résumé suivant indique bien en quoi il est important de plaider que les deux réserves ont été attribuées à la bande indienne de Cape Mudge avant 1900 :

E. A. Bowie, Q.C.

-2-

3rd February 1988

Comments/Remarques

A. The Claim

1. The Campbell River Indian Band has sued the Cape Mudge Indian Band and Federal Crown in the Federal Court for, amongst other things, declarations that Reserves Nos. 11 and 12 have at all times been set aside for the exclusive use and benefit of the Campbell River Indian Band. That Band presently occupies, and since prior to the turn of the century, has occupied, Reserve No. 11; members of the Cape Mudge Band presently occupy, and at all times have occupied, Reserve No. 12. In its defence the Cape Mudge Band claims an entitlement to occupy both reserves. The Crown's position, as pleaded, is that members of the Campbell River Band are, and since about 1907, have been, in lawful occupation of and entitled to the use and benefit of Reserve No. 11, and that members of the Cape Mudge Band are and at all times material have been in lawful occupation of and entitled to the use and benefit of Reserve No. 12.

B. Historical Background

1. In 1879, Gilbert Malcolm Sprout, a Commissioner appointed to settle the Indian land question in British Columbia, allotted reserves to the Laich-kwil-tach Tribe, of which the Campbell River and Cape Mudge Bands are members. Apparently his allotments were not approved, as required by the Orders-in-Council appointing him, by the B.C. Chief Commissioner of Lands and Works.
2. In October, 1886, Peter O'Reilly, then B.C. Reserve Commissioner, set aside a number of reserves for the Laich-kwil-tach Tribe. He was able to set aside one reserve (No. 10 not in issue) for Cape Mudge, but was unable to define the boundaries of Nos. 11 and 12 owing to the absence from the area of the Indians.
3. Then, in 1888, Ashdown H. Green, Chief Surveyor of the Reserve Commission, was appointed by the Federal Government (P.C. dated May 29, 1888), upon the request of the Provincial Government, "to determine the

E. A. Bowie, cr.

-2-

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

A. La demande

1. La bande indienne de Campbell River poursuit en Cour fédérale la bande indienne de Cape Mudge et la Couronne, sollicitant notamment des déclarations portant que les réserves n^{os} 11 et 12 ont en tout temps été mises de côté pour l'usage et le profit exclusifs de la bande indienne de Campbell River. C'est cette bande qui occupe présentement et qui occupait, avant même le tournant du siècle, la réserve n^o 11; les membres de la bande indienne de Cape Mudge occupent présentement et ont toujours occupé la réserve n^o 12. Dans sa défense, la bande indienne de Cape Mudge fait valoir son droit d'occuper les deux réserves. La position de la Couronne, telle qu'elle a été formulée, est la suivante : les membres de la bande indienne de Campbell River occupent légitimement la réserve n^o 11, et ce depuis 1907 environ, et ils ont le droit de s'en servir pour leur usage et leur profit; les membres de la bande indienne de Cape Mudge occupent et ont occupé légitimement la réserve n^o 12 à tout moment pertinent et ils ont le droit de s'en servir pour leur usage et leur profit.

B. Le contexte historique

1. En 1879, Gilbert Malcolm Sproat, commissaire nommé pour régler la question des terres indiennes en Colombie-Britannique, a attribué des réserves à la tribu des Laich-kwil-tach à laquelle appartiennent les bandes indiennes de Campbell River et de Cape Mudge. Apparemment, les décisions de Sproat attribuant ces réserves n'avaient pas, comme l'exigeaient les décrets l'ayant nommé à sa charge, été approuvées par le Commissaire en chef des terres et des travaux publics de la Colombie-Britannique.
2. En octobre 1886, Peter O'Reilly, alors commissaire des réserves de la Colombie-Britannique, a mis de côté un certain nombre de réserves pour la tribu des Laich-kwil-tach. Il a été en mesure de mettre une réserve de côté (la réserve n^o 10 qui n'est pas en litige) pour la bande indienne de Cape Mudge, mais il n'a pu délimiter les réserves n^{os} 11 et 12 étant donné que les Indiens ne se trouvaient pas dans la région.
3. Par la suite, en 1888, Ashdown H. Green, arpenteur en chef de la Commission des réserves indiennes, a été nommé par le gouvernement fédéral (c.p. daté du 29 mai 1888) à la demande du gouvernement provincial « pour déterminer l'étendue et les limites des réserves indiennes à » Campbell River. Dans son rapport, M. Green a transmis pour approbation au Commissaire en chef des terres et des travaux publics, un croquis des réserves telles qu'il les avait délimitées « pour l'usage de la tribu des Laich-kwil-tach » et le procès-verbal de la décision à cet égard. Le croquis illustre les deux réserves et porte le titre suivant :

« Indiens (Eu-cla-taw) Laich-kwil-tach
bande Wewayakai »

E. A. Bowie, Q.C.

-3-

3rd February 1988

Corr. is/Remarques

extent, and boundaries of the Indian Reserves at Campbell River. In his Report Mr. Green forwarded to the Chief Commissioner of Lands and Works, for his approval, a sketch and Minute of Decision of the reserves as defined by him, Mr. Green, "for the use of the 'Laich-kwil-Tach' tribe". The sketch outlines both reserves, and is headed by the caption:

"Laich-kwil-Tach (Eu-cla-taw) Indians
We-way-A-kay Band"

"We-way-A-kay" is a reference to the Cape Mudge Band. In issue is whether Mr. Green was officially allotting these reserves to the Laich-kwil-Tach Tribe and, indeed, whether he was authorized to do so. I am seeking advice from our historical researchers as to whether either reserve was, prior to 1900, in fact allotted to a specific Band. The documents we have, (letters, memoranda, etc.) however, indicate Indian Affairs treated both reserves as being set aside for the use and benefit of the Cape Mudge Band until about 1907 when the Cape Mudge Band, by resolution, 'ceded' Reserve No. 11 to the Campbell River Band.

During our discussion I mentioned the existence of a Proclamation dated December 15, 1876, by which the Governor-in-Council exempted all reserves and Indian lands in British Columbia from the operation of the surrender provisions of the Indian Act. A copy of this Proclamation is enclosed. I am told this Proclamation remained in effect until 1951, at which time the provision of the Indian Act under which it was authorized was repealed.

I am also enclosing the text of the resolution by which the Cape Mudge Band 'ceded' Reserve No. 11 to the Campbell River Band. On the basis that Reserve No. 11 had been allotted to the Cape Mudge Band by Mr. Ashdown Green and that they were lawfully in occupation of and entitled to the use and benefit of that reserve, we will have to argue that the Cape Mudge Band, by virtue of the Proclamation, legally 'surrendered' their rights to Reserve No. 11 to the Campbell

E. A. Bowie, cr.

-3-

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

Le mot « Wewayakai » désigne la bande indienne de Cape Mudge. La question en litige est de savoir si M. Green a officiellement attribué ces réserves à la tribu Laich-kwil-tach et si, effectivement, il était autorisé à le faire. J'ai demandé à nos spécialistes de la recherche historique de me dire si, à leur avis, l'une ou l'autre des réserves a été attribuée à une bande donnée avant 1900. Toutefois, les documents dont nous disposons (lettres, notes de service, etc.) indiquent que les Affaires indiennes ont considéré que les deux réserves avaient été mises de côté pour l'usage et le profit de la bande indienne de Cape Mudge jusque vers 1907, date à laquelle la bande indienne de Cape Mudge a, au moyen d'une résolution, « cédé » la réserve n° 11 à la bande indienne de Campbell River.

Au cours de notre discussion, j'ai parlé de l'existence d'une proclamation, datée du 15 décembre 1876, par laquelle le gouverneur en conseil a soustrait l'ensemble des réserves et des terres indiennes de la Colombie-Britannique à l'application des dispositions de la Loi sur les Indiens en matière de cessions. Vous trouverez ci-joint copie de cette proclamation. On me dit que cette proclamation est demeurée en vigueur jusqu'en 1951, année où la disposition de la Loi sur les Indiens en vertu de laquelle elle avait été autorisée a été abrogée.

Vous trouverez également ci-joint le texte de la résolution par laquelle la bande indienne de Cape Mudge a cédé la réserve n° 11 à la bande indienne de Campbell River. Si on suppose que la réserve n° 11 a été attribuée à la bande indienne de Cape Mudge par M. Ashdown Green et que la bande occupait légalement cette réserve et avait droit à celle-ci pour son usage et son profit, il nous faudra plaider que, du fait de la proclamation, la bande indienne de Cape Mudge a « cédé » légalement ses droits dans la réserve n° 11 à la bande indienne de Campbell River, tout en conservant, évidemment, le droit d'occuper légalement la réserve n° 12 qui lui avait été attribuée de la même manière.

E. A. Bowie, Q.C.

-4-

3rd February 1988

Comm. /Remarques

River Band, retaining, of course, the right to be in lawful occupation of Reserve No. 12 which had similarly been allotted to them.

4. Finally, the 1902 Schedule of Indian Reserves appears to have given rise to an error with respect to entitlement to occupy Reserve No. 12. The error arose because a handwritten note was made on the Schedule, presumably following the 'ceding' resolution, indicating the Campbell River Band occupied Reserve No. 11 (which is in fact correct). Existing ditto marks below the handwritten notation were not altered so as to indicate that Cape Mudge continued to occupy No. 12 (as it in fact does).
5. This "error" was recognized but perpetuated in the Report of the McKenna McBride Commission made in 1916 and B.C. Order-in-Council 1036 (passed in 1938) by which reserve lands in British Columbia were conveyed by the Province to Canada. The plaintiffs (Campbell River Band) will undoubtedly argue that the combined effect of the recommendations contained in the Report of the Royal Commission, the legislation and Orders-in-Council pertaining to those recommendations, and the conveyance of the lands to Canada, was to vest the right to occupy both reserves in the plaintiffs. We will have to argue that the Royal Commission merely confirmed the boundaries of these two reserves, but did not allot either reserve to a specific band, that having been done by the reserve Commissioners in the last century and that the effect of the legislation is not to vest in the plaintiffs any right to occupy Reserve No. 12. (I point out, parenthetically, that Ian Binnie, during his time as Associate Deputy Minister, suggested, because of its wider impact, that we not challenge the validity of what was done by the Royal Commission. With respect, I continue to concur with that advice, and suggest it is a question of defining more narrowly what the Commission did, at least insofar as the Reserves in question are concerned.)

E. A. Bowie, cr.

-4-

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

4. Enfin, le répertoire des réserves indiennes de 1902 semble être la source d'une erreur concernant le droit d'occupation de la réserve n° 12. L'erreur s'est produite en raison d'une inscription manuscrite qui avait été faite dans le répertoire, probablement à la suite de la résolution portant « cession », laquelle inscription indiquait que la bande indienne de Campbell River occupait la réserve n° 11 (ce qui est en fait exact). Les guillemets de répétition figurant au-dessous de l'inscription manuscrite n'ont pas été modifiés pour indiquer que la bande indienne de Cape Mudge occupait toujours la réserve n° 12 (comme c'est effectivement le cas).

5. Bien que l'existence de cette « erreur » ait été reconnue, elle a été perpétuée dans le rapport de la Commission McKenna McBride publié en 1916, ainsi que dans le décret 1036 de la Colombie-Britannique (pris en 1938) par lequel la province a transféré au fédéral les terres de réserve situées en Colombie-Britannique. Les demandeurs (la bande indienne de Campbell River) prétendront sans aucun doute que l'effet combiné des recommandations figurant dans le rapport de la Commission royale, des dispositions législatives, des décrets se rapportant à ces recommandations et du transfert des terres en faveur du fédéral a été de leur conférer le droit d'occuper les deux réserves. Nous devons plaider que la Commission royale n'a fait que confirmer les limites de ces deux réserves mais n'en a attribué aucune à une bande donnée — cela ayant été fait par les commissaires des réserves au siècle dernier — et que les dispositions législatives n'ont pas pour effet d'accorder aux demandeurs quelque droit que ce soit d'occuper la réserve n° 12. (Je souligne en passant que, pendant qu'il était sous-ministre adjoint, Ian Binnie a suggéré, en raison de leurs répercussions plus générales, que nous ne contestions pas la validité des travaux de la Commission royale. En toute déférence, je partage toujours cet avis et, selon moi, il s'agit de délimiter plus étroitement ce que la Commission a fait, du moins en ce qui concerne les réserves en question.)

E. A. Bowie, Q.C.

-5-

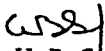
3rd February 1988

Comments/Remarques

I have discussed the reserve creation issue briefly with Mrs. Koenigsberg, and am scheduled to meet with her again for the purpose of determining the approach she and Mr. Macaulay intend taking in Gitksan Carrier and Pasco. I shall, of course, seek her views as to whether she feels those cases would be seriously prejudiced by the approach I am taking in Roberts.

As we discussed, it would ~~be~~ advisable to have Bob Green's views on the matter. I am sending a copy of this memorandum to him.

In the meantime, I am proceeding to conduct the Crown's defence as outlined above. Short of legislation we probably have no alternative. If you have a contrary view to the above approach please let me know.


W.B.S.

WBS/dg

c.c. R. L. Evans, Q.C.
R. J. Green, Q.C.
I. G. Whitehall, Q.C.

E. A. Bowle, cr.

-5-

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

J'ai discuté brièvement de la question de la création des réserves avec M^{me} Koenigsberg et je suis censé la rencontrer à nouveau afin de décider de l'approche qu'elle et M. Macaulay entendent adopter dans Gitksan Carrier et Pagco. Je vais évidemment lui demander si elle estime que mon approche dans Roberts nuirait sérieusement à ces affaires.

Conformément à la discussion que nous avons eue à cet égard, il serait utile que Bob Green nous fasse part de ses opinions sur la question. Je lui envoie une copie de la présente note de service.

Entre-temps, je vais mener la défense de la Couronne de la manière exposée plus haut. À défaut de légiférer, nous n'avons probablement pas d'autre choix. Si vous avez des vues contraires en ce qui concerne l'approche décrite ci-dessus, je vous saurais gré de m'en faire part.

W.B.S.

WBS/dg

c.c. R. L. Evans, c.r.

R. J. Green, c.r.

I. G. Whitehall, c.r.

Motions dismissed.

Solicitors for the appellants Roy Anthony Roberts et al.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants Ralph Dick et al.: McAlpine & Associates, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: Lavery de Billy, Montréal.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Requêtes rejetées.

Procureurs des appelants Roy Anthony Roberts et autres : Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés/appellants Ralph Dick et autres : McAlpine & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Lavery de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell : Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jerimiah Josia Johnson *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario and Attorney General of
Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. JOHNSON

Neutral citation: 2003 SCC 46.

File No.: 28945.

2003: January 16; 2003: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Whether, under current regime, sentencing judge must consider long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — Whether sentencing judge must consider long-term offender provisions when predicate offence occurred prior to enactment of long-term offender provisions — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 753.1.

Criminal law — Sentencing — Appeal — Dangerous offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — If sentencing judge's failure to consider long-term offender provisions constituted an error of law, whether appeal should be allowed on basis that error of law resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 759(3)(b).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jerimiah Josia Johnson *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l'Ontario et procureur général de
l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. JOHNSON

Référence neutre : 2003 CSC 46.

N° du greffe : 28945.

2003 : 16 janvier; 2003 : 26 septembre.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Dans le cadre du régime actuel, le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux? — Le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant leur adoption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 753.1.

Droit criminel — Détermination de la peine — Appel — Délinquants dangereux — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Si l'omission par le juge chargé de la détermination de la peine de tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler constitue une erreur de droit, le pourvoi doit-il être accueilli au motif que cette erreur de droit n'a entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 759(3)(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Sentencing judge did not consider long-term offender provisions enacted in 1997 because predicate offence committed prior to amendments — Whether sentencing judge required to consider applicability of long-term offender provisions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 753.1.

At the accused's sentencing hearing, the judge did not consider the availability of the long-term offender provisions, added to the *Criminal Code* in 1997, on the basis that the offence for which the accused was convicted was committed prior to these amendments. He held that the accused was a dangerous offender as defined by s. 753(1)(b) of the *Code* and sentenced him to detention for an indeterminate period. The majority of the Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new sentencing hearing.

Held: The appeal should be dismissed.

A sentencing judge must take into account the long-term offender provisions prior to declaring an offender dangerous and imposing an indeterminate sentence. The language of s. 753(1) of the *Code* indicates that a sentencing judge retains the discretion not to declare an offender dangerous even if the statutory criteria in para. (a) or (b) are met. On its face, the word "may" in the phrase "[t]he court may... find the offender to be a dangerous offender" denotes a discretion. The principles of statutory interpretation, the purpose of the dangerous offenders regime, and the principles of sentencing support that interpretation. The primary purpose of the dangerous offender regime is the protection of the public. The principles underlying the *Code's* sentencing provisions dictate that a sentence must be appropriate in the circumstances of the individual case. The proposition that a court is under a duty to declare an offender dangerous every time the statutory criteria are satisfied would introduce an unnecessary rigidity into the process and overshoot the public protection purpose. It would also undermine a sentencing judge's capacity to fashion a sentence that fits the individual circumstances of a given case.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficiaire de la peine la moins sévère — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas tenu compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler adoptées en 1997 parce que l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant les modifications — Le juge chargé de la détermination de la peine doit-il se pencher sur l'application éventuelle des dispositions relatives aux délinquants à contrôler? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 753.1.

À l'audience de détermination de la peine de l'accusé, le juge n'a pas envisagé la possibilité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, ajoutées au *Code criminel* en 1997, parce que l'infraction dont l'accusé avait été déclaré coupable avait été perpétrée avant ces modifications. Il a conclu que l'accusé était un délinquant dangereux au sens de l'al. 753(1)b) du *Code* et l'a condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel de l'accusé et a ordonné la tenue d'une nouvelle audience de détermination de la peine.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge chargé de la détermination de la peine doit prendre en considération les dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Il ressort du libellé du par. 753(1) du *Code* que le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux même lorsque les conditions prévues aux al. a) ou b) sont remplies. De prime abord, le verbe « pouvoir » dans l'énoncé « le tribunal peut déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux » suggère une faculté. Les principes d'interprétation législative, l'objet du régime applicable aux délinquants dangereux et les principes de détermination de la peine appuient une telle interprétation. L'objectif principal du régime applicable aux délinquants dangereux est la protection du public. Les principes qui sous-tendent les dispositions du *Code* relatives à la détermination de la peine exigent que la peine soit appropriée à la situation du délinquant. Obliger le tribunal à déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux chaque fois que sont réunies les conditions légales pour le faire rendrait la procédure inutilement rigide et irait au-delà de l'objectif de la protection du public. Le juge chargé de la détermination de la peine serait en outre empêché de déterminer une peine appropriée à la situation du délinquant.

A judge's discretion whether to declare an offender dangerous must be guided by the relevant principles of sentencing contained in ss. 718 to 718.2 of the *Code*. These include the principle of proportionality and, most relevant to this appeal, the principle of restraint. A sentencing judge must consider the possibility that a less restrictive sanction would attain the same sentencing objectives as one more restrictive. Since the sentencing objective in question is public protection, if a sentencing judge is satisfied that the sentencing options available under the long-term offender provisions are sufficient to reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the sentencing judge cannot properly declare an offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence, even if all the statutory criteria have been satisfied. The imposition of an indeterminate sentence is justifiable only insofar as it actually serves the objective of protecting society. Prospective factors, including the possibility of eventual control of the risk in the community, must thus be considered prior to a dangerous offender designation. Lastly, s. 753(5) of the *Code* does not preclude a sentencing judge from considering the long-term offender provisions until after he or she has already determined that the offender is not a dangerous offender. Parliament did not intend the dangerous offender provisions and the long-term offender provisions to be considered in isolation of one another.

Section 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that any person charged with an offence has the right "if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment". Accordingly, even though the accused's offence was committed prior to the 1997 amendments, the sentencing judge was required to consider the applicability of the long-term offender provisions, since the accused, who may have been declared a dangerous offender under the former provisions, could benefit from the long-term offender designation available under the current provisions. If the long-term offender criteria are satisfied and there is a reasonable possibility that harm could be reduced to an acceptable level under the long-term offender provisions, s. 11(i) dictates that the proper sentence, under the current regime, is a determinate period of detention followed by a long-term supervision order.

Le pouvoir discrétionnaire du tribunal de déclarer ou non qu'un délinquant est un délinquant dangereux doit être exercé conformément aux principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code*. Ces principes englobent le principe de la proportionnalité et celui de la modération, le plus à propos dans le présent pourvoi. Le juge qui détermine la peine doit envisager la possibilité qu'une sanction moins contraignante puisse atteindre les mêmes objectifs de la détermination de la peine qu'une sanction plus contraignante. Étant donné qu'en l'espèce l'objectif de la peine infligée est la protection du public, le tribunal qui est convaincu que les sanctions prévues par les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d'abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autrui ne peut à bon droit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et lui infliger de ce fait une peine de détention d'une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire. Le tribunal n'est justifié d'infliger une peine de détention d'une durée indéterminée que si cela sert la protection de la société. Les éléments prospectifs, y compris la possibilité réelle que le risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, doivent par conséquent être examinés avant que le délinquant soit déclaré délinquant dangereux. Enfin, le par. 735(5) du *Code* n'empêche pas le tribunal de se pencher sur les dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant d'avoir décidé que le délinquant n'est pas un délinquant dangereux. Le législateur n'a pas voulu que les dispositions relatives aux délinquants dangereux et celles concernant les délinquants à contrôler soient appliquées isolément les unes des autres.

L'alinéa 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dispose que tout inculpé a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence ». En conséquence, même si l'accusé a perpétré son infraction avant les modifications de 1997, le juge chargé de la détermination de la peine devait se pencher sur l'application éventuelle des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, car l'accusé qui aurait pu être déclaré délinquant dangereux en application des anciennes dispositions pourrait être déclaré délinquant à contrôler dans le cadre du régime actuel. Lorsque les conditions d'une déclaration portant qu'un accusé est un délinquant à contrôler sont remplies et qu'il existe une possibilité réelle d'abaisser le risque de préjudice à un niveau acceptable en appliquant les dispositions visant les délinquants à contrôler, l'al. 11*i*) prescrit que la peine appropriée, dans le cadre du régime actuel, est une peine de détention d'une durée déterminée assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée.

The curative proviso in s. 759(3)(b) of the *Code* is to be applied only when there is no reasonable possibility that the verdict would have been any different had the error of law not been made. Where the error of law consists of the sentencing judge's failure to consider the availability of the long-term offender provisions, it is only in the rarest of circumstances, if ever, that there will be no reasonable possibility that the sentencing judge would have imposed a different sentence but for the error. Here, in the absence of a full inquiry into the suitability of the long-term offender provisions, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the accused was properly classified as a dangerous offender.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47; *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48; *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49, aff'g (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2002 BCCA 48; *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Moore* (1985), 16 C.C.C. (3d) 328; *R. v. Boutilier* (1995), 144 N.S.R. (2d) 293; *R. v. Dow* (1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177; *R. v. J.T.H.* (2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138; *R. v. D.W.M.*, [2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5; *R. v. N. (L.)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206; *R. v. Driver*, [2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69; *R. v. O.G.*, [2001] O.J. No. 1964 (QL); *R. v. Tremblay* (2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551; *R. v. Roy*, [1999] Q.J. No. 5648 (QL), rev'd (2002), 167 C.C.C. (3d) 203; *R. v. F.W.M.*, [2001] O.J. No. 4591 (QL); *R. v. Morin* (1998), 173 Sask. R. 101; *R. v. R.C.* (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271; *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39; *R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181, aff'd [1983] 2 S.C.R. 58; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 134.1(2) [am. 1997, c. 17, s. 30].
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(b)(iii) [ad. c. 27 (1st Supp.), ss. 145, 203; 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 718 [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 155; am. 1995, c. 22, s. 6], 718.1 [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 156; am. 1995, c. 22, s. 6], 718.2 [ad. 1995, c. 22, s. 6], Part XXIV, 752.1 [ad. 1997, c. 17, s. 4], 753 (former), 753(1) [ad. 1997, c. 17, s. 4], (4) [*idem*], (5) [*idem*], 753.1(1) [*idem*], (2) [*idem*], (3) [*idem*], 753.2 [*idem*],

La disposition réparatrice correspondant à l'al. 753(3)b) du *Code* ne s'applique qu'en l'absence d'une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise. Lorsque l'erreur de droit consiste dans l'omission du tribunal d'examiner l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il arrivera rarement, sinon jamais, qu'il n'y ait aucune possibilité raisonnable que la sentence eût été différente en l'absence de l'erreur. En l'espèce, faute d'un véritable examen de l'opportunité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il ne convient pas de rétablir la conclusion du tribunal selon laquelle l'accusé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47; *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48; *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49, conf. (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2002 BCCA 48; *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Brown c. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Moore* (1985), 16 C.C.C. (3d) 328; *R. c. Boutilier* (1995), 144 N.S.R. (2d) 293; *R. c. Dow* (1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177; *R. c. J.T.H.* (2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138; *R. c. D.W.M.*, [2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5; *R. c. N. (L.)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206; *R. c. Driver*, [2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69; *R. c. O.G.*, [2001] O.J. No. 1964 (QL); *R. c. Tremblay* (2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551; *R. c. Roy*, [1999] J.Q. n° 5648 (QL), inf. par (2002), 167 C.C.C. (3d) 203; *R. c. F.W.M.*, [2001] O.J. No. 4591 (QL); *R. c. Morin* (1998), 173 Sask. R. 101; *R. c. R.C.* (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271; *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39; *R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181, conf. par [1983] 2 R.C.S. 58; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(i).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145, 203; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 718 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 155; mod. 1995, ch. 22, art. 6], 718.1 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 156; mod. 1995, ch. 22, art. 6], 718.2 [aj. 1995, ch. 22, art. 6], partie XXIV, 752.1 [aj. 1997, ch. 17, art. 4], 753 (ancien), 753(1) [aj. 1997, ch. 17, art. 4], (4) [*idem*], (5) [*idem*], 753.1(1) [*idem*], (2) [*idem*], (3) [*idem*], 753.2 [*idem*], 759(3) [rempl. *idem*, art. 6], 761(1) (ancien), 761(1) [rempl. 1997, ch. 17, art. 8].

759(3) [repl. *idem*, s. 6], 761(1) (former), 761(1) [repl. 1997, c. 17, s. 8].

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 11.

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 158 C.C.C. (3d) 155, 159 B.C.A.C. 255, 259 W.A.C. 255, [2001] B.C.J. No. 2021 (QL), 2001 BCCA 456, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court, [1998] B.C.J. No. 3216 (QL). Appeal dismissed.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Beverly MacLean*, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *James I. S. Sutherland*, for the respondent.

Robert J. Frater and *David Schermbrucker*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Ian W. Bulmer, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Goran Tomljanovic, for the intervener the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This case was heard at the same time as *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47, *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48, *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49, *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50, released concurrently herewith. Each case involves an appeal against a sentencing judge's decision to declare an offender dangerous and sentence him to an indeterminate period of detention. In deciding these appeals, the British Columbia Court of Appeal conducted an extensive review of the dangerous offender provisions in light of amendments to Part XXIV of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 11.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 134.1(2) [mod. 1997, ch. 17, art. 30].

Doctrine citée

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 158 C.C.C. (3d) 155, 159 B.C.A.C. 255, 259 W.A.C. 255, [2001] B.C.J. No. 2021 (QL), 2001 BCCA 456, qui a infirmé un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1998] B.C.J. No. 3216 (QL). Pourvoi rejeté.

William F. Ehrcke, c.r., et *Beverly MacLean*, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., et *James I. S. Sutherland*, pour l'intimé.

Robert J. Frater et *David Schermbrucker*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Ian W. Bulmer, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Goran Tomljanovic, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR — À l'issue d'une audience commune, notre Cour statue simultanément en l'espèce et dans *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47, *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48, *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49, et *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50. Chacune de ces affaires porte sur un appel de la décision du juge chargé de la détermination de la peine de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Pour statuer sur ces appels, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a procédé à un examen approfondi des dispositions sur les délinquants

contains the provisions governing dangerous offenders.

2 The amendments, which took effect August 1, 1997, brought a number of changes to Part XXIV of the *Criminal Code*. For instance, the period before a dangerous offender's first parole hearing was extended from three years under the pre-1997 legislation to seven years under the amended legislation. Another change was the addition of the new category of long-term offender to Part XXIV of the *Code*. While Canada has had legislation providing for the indeterminate incarceration of high risk offenders in one form or another since 1947, the 1997 amendments introduced, for the first time, a mechanism to allow for supervision in the community, for a limited period after the expiry of a determinate sentence, of certain offenders who pose a risk of re-offence. This case requires this Court to consider for the first time the interaction between the dangerous offender provisions and the new long-term offender provisions, both of which govern the sentencing of offenders who pose an ongoing public threat.

3 This appeal raises two primary issues. The first issue is whether a sentencing judge must, under the current regime, take into account the possibility of a long-term offender designation when considering a dangerous offender application. The second issue is whether the current provisions, particularly the long-term offender provisions which were absent in the pre-1997 legislation, are available in instances in which the predicate offence occurred prior to the 1997 amendments.

I. Legislative Background

4 Prior to the 1997 amendments, the Crown could bring an application to have an offender declared dangerous pursuant to s. 753 of the *Criminal Code*. There were no long-term offender provisions. Section 753 set out the criteria that the court must be satisfied of for an offender to be found dangerous. If the criteria were satisfied, the sentencing judge

dangereux à la lumière des modifications apportées à la partie XXIV du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui renferme ces dispositions.

Entrées en vigueur le 1^{er} août 1997, les modifications ont notamment eu pour effet de rendre un délinquant dangereux inadmissible à la libération conditionnelle avant l'expiration d'un délai de sept ans, comparativement à trois ans auparavant. En outre, une nouvelle catégorie, celle des délinquants à contrôler, a été intégrée à la partie XXIV du *Code criminel*. Même si le Canada était doté depuis 1947 de dispositions prévoyant sous une forme ou une autre l'incarcération pour une période indéterminée des délinquants présentant un risque élevé de récidive, les modifications de 1997 comportaient un élément nouveau : la surveillance au sein de la collectivité, pendant une période limitée après l'expiration d'une peine d'une durée déterminée, de certains délinquants présentant un risque de récidive. Notre Cour est appelée à se pencher pour la première fois sur l'interaction entre les dispositions applicables aux délinquants dangereux et celles applicables aux délinquants à contrôler, les unes et les autres régissant la détermination de la peine des délinquants qui continuent de poser une menace pour la société.

Le présent pourvoi soulève deux questions fondamentales. La première est de savoir si, dans le régime actuel, lorsqu'il est saisi d'une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant dangereux, le juge qui détermine la peine doit tenir compte de la possibilité que le délinquant soit déclaré délinquant à contrôler. La deuxième est de savoir si les dispositions actuelles, en particulier celles relatives aux délinquants à contrôler, qui n'existaient pas avant les modifications de 1997, s'appliquent lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant leur adoption.

I. Historique législatif

Avant la réforme de 1997, le ministère public pouvait demander qu'un délinquant soit déclaré un délinquant dangereux en application de l'art. 753 du *Code criminel*. Il n'existait pas de dispositions sur les délinquants à contrôler. L'article 753 énumérait les éléments dont le tribunal devait être convaincu pour qu'un délinquant puisse être déclaré délinquant

could declare the offender dangerous and thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period:

753. Where, on an application made under this Part following the conviction of a person for an offence but before the offender is sentenced therefor, it is established to the satisfaction of the court

(a) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 752 and the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his behaviour and a likelihood of his causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender respecting the reasonably foreseeable consequences to other persons of his behaviour, or

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that his behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint, or

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 752 and the offender, by his conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he has been convicted, has shown a failure to control his sexual impulses and a likelihood of his causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his sexual impulses,

dangereux. Lorsque ces conditions étaient remplies, le juge chargé de la détermination de la peine pouvait déclarer que le délinquant était un délinquant dangereux et le condamner à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée :

753. Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement à la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la sentence, le tribunal, convaincu que, selon le cas :

a) l'infraction commise constitue un sévices grave à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 752, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant, selon le cas :

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il est déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui,

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement;

b) l'infraction commise constitue un sévices grave à la personne, aux termes de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 752, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes,

the court may find the offender to be a dangerous offender and may thereupon impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, in lieu of any other sentence that might be imposed for the offence for which the offender has been convicted.

If the offender was found dangerous and sentenced to an indeterminate sentence, s. 761(1) required a parole hearing three years after the day on which the offender was taken into custody.

5

The dangerous offender provisions were amended in 1997. Under the amended provisions, the criteria that the court must be satisfied of for an offender to be declared a dangerous offender have remained the same:

753. (1) The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find the offender to be a dangerous offender if it is satisfied

(a) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (a) of the definition of that expression in section 752 and the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons on the basis of evidence establishing

(i) a pattern of repetitive behaviour by the offender, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, showing a failure to restrain his or her behaviour and a likelihood of causing death or injury to other persons, or inflicting severe psychological damage on other persons, through failure in the future to restrain his or her behaviour,

(ii) a pattern of persistent aggressive behaviour by the offender, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, showing a substantial degree of indifference on the part of the offender respecting the reasonably foreseeable consequences to other persons of his or her behaviour, or

(iii) any behaviour by the offender, associated with the offence for which he or she has been convicted, that is of such a brutal nature as to compel the conclusion that the offender's behaviour in the future is unlikely to be inhibited by normal standards of behavioural restraint; or

peut déclarer qu'il s'agit là d'un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l'infraction dont il vient d'être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée.

Si le délinquant était déclaré dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée, le par. 761(1) exigeait qu'une audience en vue d'une éventuelle libération conditionnelle ait lieu trois ans à compter du jour où il était mis sous garde.

Les dispositions relatives aux délinquants dangereux ont été modifiées en 1997. Les éléments dont le tribunal doit être convaincu pour qu'un délinquant soit déclaré délinquant dangereux sont demeurés les mêmes :

753. (1) Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux, s'il est convaincu que, selon le cas :

a) l'infraction commise constitue des sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa a) de la définition de cette expression à l'article 752, et que le délinquant qui l'a commise constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, en vertu de preuves établissant, selon le cas :

(i) que, par la répétition de ses actes, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre qu'il est incapable de contrôler ses actes et permet de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) que, par la répétition continuelle de ses actes d'agression, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, le délinquant démontre une indifférence marquée quant aux conséquences raisonnablement prévisibles que ses actes peuvent avoir sur autrui,

(iii) un comportement, chez ce délinquant, associé à la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, d'une nature si brutale que l'on ne peut s'empêcher de conclure qu'il y a peu de chance pour qu'à l'avenir ce comportement soit inhibé par les normes ordinaires de restriction du comportement;

(b) that the offence for which the offender has been convicted is a serious personal injury offence described in paragraph (b) of the definition of that expression in section 752 and the offender, by his or her conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which he or she has been convicted, has shown a failure to control his or her sexual impulses and a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons through failure in the future to control his or her sexual impulses.

Under s. 753(4), if the sentencing judge finds the offender to be a dangerous offender, he or she shall impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period. Under s. 761(1), the first parole hearing is required to take place seven years from the day on which the offender was taken into custody.

The most significant amendment, at least insofar as the present appeal is concerned, is the introduction of the long-term offender provisions. The criteria that the court must be satisfied of for an offender to be designated a long-term offender are set out in s. 753.1(1) and (2):

753.1 (1) The court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find an offender to be a long-term offender if it is satisfied that

(a) it would be appropriate to impose a sentence of imprisonment of two years or more for the offence for which the offender has been convicted;

(b) there is a substantial risk that the offender will reoffend; and

(c) there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community.

(2) The court shall be satisfied that there is a substantial risk that the offender will reoffend if

(a) the offender has been convicted of an offence under section 151 (sexual interference), 152 (invitation to sexual touching) or 153 (sexual exploitation), subsection 173(2) (exposure) or section 271 (sexual assault), 272 (sexual assault with a weapon) or 273 (aggravated sexual assault), or has engaged in serious conduct of a sexual nature in the commission of another offence of which the offender has been convicted; and

b) l'infraction commise constitue des sévices graves à la personne, aux termes de l'alinéa b) de la définition de cette expression à l'article 752, et que la conduite antérieure du délinquant dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, démontre son incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

Le paragraphe 753(4) dispose que s'il déclare que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal lui impose une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. Suivant le par. 761(1), le premier examen de l'opportunité d'une libération conditionnelle ne doit avoir lieu qu'à l'expiration d'un délai de sept ans à compter du jour où le délinquant a été mis sous garde.

La modification la plus importante, du moins pour les besoins du présent pourvoi, est l'ajout des dispositions sur les délinquants à contrôler. Les éléments dont le tribunal doit être convaincu pour déclarer qu'un délinquant est un délinquant à contrôler sont énumérés aux par. 753.1(1) et (2) :

753.1 (1) Sur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d'évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

a) il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable;

b) celui-ci présente un risque élevé de récidive;

c) il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité.

(2) Le tribunal est convaincu que le délinquant présente un risque élevé de récidive si :

a) d'une part, celui-ci a été déclaré coupable d'une infraction visée aux articles 151 (contacts sexuels), 152 (incitation à des contacts sexuels) ou 153 (exploitation sexuelle), au paragraphe 173(2) (exhibitionnisme) ou aux articles 271 (agression sexuelle), 272 (agression sexuelle armée) ou 273 (agression sexuelle grave), ou a commis un acte grave de nature sexuelle lors de la perpétration d'une autre infraction dont il a été déclaré coupable;

(b) the offender

(i) has shown a pattern of repetitive behaviour, of which the offence for which he or she has been convicted forms a part, that shows a likelihood of the offender's causing death or injury to other persons or inflicting severe psychological damage on other persons, or

(ii) by conduct in any sexual matter including that involved in the commission of the offence for which the offender has been convicted, has shown a likelihood of causing injury, pain or other evil to other persons in the future through similar offences.

Under s. 753.1(3), if the court finds an offender to be a long-term offender, it shall: "(a) impose a sentence for the offence for which the offender has been convicted, which sentence must be a minimum punishment of imprisonment for a term of two years; and (b) order the offender to be supervised in the community, for a period not exceeding ten years, in accordance with section 753.2 and the *Corrections and Conditional Release Act*", S.C. 1992, c. 20 (as amended by S.C. 1997, c. 17).

II. Judicial History

7 At the sentencing hearing, Tysoe J. of the Supreme Court of British Columbia did not consider the availability of the long-term offender provisions, on the basis that the offence for which Mr. Johnson was convicted was committed prior to the 1997 amendments. He held that Mr. Johnson was a dangerous offender as defined by s. 753(1)(b) of the *Criminal Code* and sentenced him to detention in a penitentiary for an indeterminate period: [1998] B.C.J. No. 3216 (QL).

8 Ryan J.A., for the majority of the British Columbia Court of Appeal ((2001), 158 C.C.C. (3d) 155, 2001 BCCA 456), concluded that the matter ought to have been determined in accordance with the current regime. Under s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, any person charged with an offence has the right "if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser

b) d'autre part :

(i) soit le délinquant a accompli des actes répétitifs, notamment celui qui est à l'origine de l'infraction dont il a été déclaré coupable, qui permettent de croire qu'il causera vraisemblablement la mort de quelque autre personne ou causera des sévices ou des dommages psychologiques graves à d'autres personnes,

(ii) soit sa conduite antérieure dans le domaine sexuel, y compris lors de la perpétration de l'infraction dont il a été déclaré coupable, laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes.

Le paragraphe 753.1(3) prévoit que s'il déclare que le délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal « lui impose une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable, et ordonne qu'il soit soumis, pour une période maximale de dix ans, à une surveillance au sein de la collectivité en conformité avec l'article 753.2 et la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* », L.C. 1992, ch. 20 (modifiée par L.C. 1997, ch. 17).

II. Jugements dont appel

À l'audience de détermination de la peine, le juge Tysoe, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, ne s'est pas penché sur l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler parce que l'infraction dont M. Johnson avait été déclaré coupable avait été perpétrée avant la réforme de 1997. Il a conclu que M. Johnson était un délinquant dangereux au sens de l'al. 753(1)(b) du *Code criminel* et l'a condamné à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée : [1998] B.C.J. No. 3216 (QL).

Le juge Ryan, qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((2001), 158 C.C.C. (3d) 155, 2001 BCCA 456), a estimé que la décision aurait dû se fonder sur les dispositions actuelles. L'alinéa 11(i) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dispose que tout inculpé a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence ».

punishment". Ryan J.A. found that under the current regime the long-term offender provisions narrow the scope of the dangerous offender provisions by providing the sentencing judge with the option of sentencing an offender who would previously have been declared dangerous to a lesser punishment. Ryan J.A. thus concluded that the sentencing judge should have sentenced Mr. Johnson under the current regime, and in so doing should have considered the suitability of the long-term offender provisions.

In reaching this conclusion, Ryan J.A. considered the dangerous offender provisions prior to the amendments. In her view, implicit in one form or another in each of the criteria under s. 753 is the requirement that the pattern of conduct be substantially or pathologically intractable. If the pattern of conduct is substantially or pathologically intractable, the sentencing judge must declare the offender dangerous. The sentencing judge, however, retains the discretion to sentence a dangerous offender to a determinate sentence, but only if a cure for the offender's behaviour is probable within the parameters of the fixed sentence.

Ryan J.A. then concluded that under the current regime a sentencing judge does not retain the discretion to sentence a dangerous offender to a determinate sentence. However, the sentencing judge must consider the prospects for treatment or cure in order to determine whether the pattern of conduct exhibited by the offender is sufficiently intractable to satisfy the statutory criteria set out in s. 753(1)(a) and (b). If there is a reasonable possibility that a cure will be found within the time-frame of a fixed sentence, or that the offender will be controllable under the long-term offender provisions, the sentencing judge cannot rightly conclude that the offender is a dangerous offender. According to Ryan J.A., the primary distinction between the long-term offender provisions and the dangerous offender provisions, under the current regime, is the absence of a requirement under the long-term offender provisions that the pattern of conduct be substantially or

Elle est arrivée à la conclusion que, dans le régime actuel, les dispositions applicables aux délinquants à contrôler réduisaient la portée des dispositions sur les délinquants dangereux en permettant au tribunal de condamner à une peine moins sévère un délinquant qui, auparavant, aurait été déclaré dangereux. Elle a donc conclu que M. Johnson aurait dû se voir infliger une peine dans le cadre du régime actuel et que l'opportunité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler aurait dû alors être examinée.

Pour arriver à cette conclusion, la juge Ryan a examiné les dispositions sur les délinquants dangereux antérieures aux modifications. Selon elle, l'exigence que le type de comportement soit essentiellement ou pathologiquement irréductible sous-tend, d'une manière ou d'une autre, chacune des conditions prévues à l'art. 753. Lorsque le type de comportement est essentiellement ou pathologiquement irréductible, le juge qui détermine la peine doit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux. Il conserve cependant le pouvoir discrétionnaire de condamner un délinquant dangereux à une peine de détention d'une durée déterminée, mais seulement si, à l'intérieur des paramètres d'une telle peine, il est probable qu'un traitement permette de corriger le comportement du délinquant.

La juge Ryan a ensuite conclu que, dans le régime actuel, le tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'imposer à un délinquant dangereux une peine de détention d'une durée déterminée. Toutefois, il doit tenir compte des perspectives de traitement et de guérison pour décider si le type de comportement du délinquant est suffisamment irréductible pour que soient remplies les conditions énoncées aux al. 753(1)(a) et (b). En présence d'une possibilité réelle qu'un traitement se révèle efficace pendant une peine de détention d'une durée déterminée ou que le délinquant puisse être maîtrisé par l'application des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, le juge qui détermine la peine ne peut conclure à juste titre que le délinquant est un délinquant dangereux. De l'avis de la juge Ryan, dans le régime actuel, la principale différence entre les dispositions applicables aux délinquants à contrôler et celles applicables aux délinquants dangereux tient à ce que les

9

10

pathologically intractable. An offender whose conduct is not pathologically intractable may now qualify for long-term offender status rather than dangerous offender status.

11 Saunders J.A. dissented on the basis that she was unable to say with certainty, at the time that the hearing commenced, that the current sentencing regime would result in a lesser punishment than the prior regime. According to Saunders J.A., it is possible that an offender who would have been declared dangerous and sentenced to a fixed term under the former regime would be declared a long-term offender and sentenced to a fixed term with a period of probation under the current regime, or that a person who would not have been declared dangerous under the former regime would be declared a long-term offender under the current regime. If the predicate offence was committed prior to the 1997 amendments, the offender should be sentenced under the former regime.

III. Issues

12 This appeal raises two primary issues: (i) whether, under the current regime, a sentencing judge must take into account the long-term offender provisions prior to declaring an offender dangerous and imposing an indeterminate sentence; and (ii) whether a sentencing judge must take into account the long-term offender provisions in instances in which the predicate offence occurred prior to the enactment of the long-term offender provisions. If the sentencing judge's failure to consider the long-term offender provisions constituted an error of law, a third issue arises as to whether the appeals should be allowed on the basis that the error of law resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice.

IV. Analysis

13 Section 11(i) of the *Charter* guarantees that everyone has the right, "if found guilty of the offence

premières n'exigent pas que le type de comportement du délinquant soit essentiellement ou pathologiquement irréductible. Le tribunal peut désormais déclarer que le délinquant dont le comportement n'est pas pathologiquement irréductible est un délinquant à contrôler plutôt qu'un délinquant dangereux.

Le juge Saunders a exprimé sa dissidence parce qu'elle ne pouvait affirmer avec certitude, au début de l'audience, que s'il avait appliqué les dispositions actuelles au lieu des dispositions antérieures, le tribunal aurait infligé une peine moins sévère. Selon elle, il est possible qu'un délinquant qui aurait été déclaré dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée déterminée en application de l'ancien régime ait été déclaré délinquant à contrôler et condamné à une peine de détention d'une durée déterminée, suivie d'une période de probation, dans le cadre du régime actuel, ou qu'un délinquant qui n'aurait pas été déclaré délinquant dangereux avant 1997 ait été déclaré délinquant à contrôler en application des dispositions actuelles. Lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant les modifications de 1997, le délinquant doit se voir infliger une peine sous le régime des dispositions antérieures.

III. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions principales : (i) dans le cadre du régime actuel, le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée et (ii) doit-il tenir compte de ces dispositions lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant leur adoption? Dans l'éventualité où l'omission de prendre ces dispositions en compte constituerait une erreur de droit, une troisième question doit être tranchée : les pourvois doivent-ils être accueillis au motif que l'erreur de droit n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave?

IV. Analyse

L'alinéa 11*i*) de la *Charte* dispose que tout inculpé a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère,

and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment”. The question in this appeal is whether the new provisions offer any benefit to the respondent such that his sentencing must be governed retrospectively by the provisions as amended in 1997. In order to answer this question, it is necessary to interpret both the old and the new provisions, to determine which offers the prospect of a lesser punishment to an accused in the position of the respondent who is sentenced under them.

A. *Dangerous Offender Applications under the Current Regime*

The Crown submits that an offender who meets the criteria in s. 753(1)(a) or (b) must be declared a dangerous offender and must be given an indeterminate sentence, without regard to whether the offender might also meet the criteria for a long-term offender designation. There are two branches to this argument: first, that under 753(1), courts have no discretion to decline to declare an offender a dangerous offender once the statutory criteria have been satisfied; and second, that s. 753(5)(a) of the *Criminal Code* prevents a sentencing judge from considering the long-term offender provisions on a dangerous offender application until after the court has already found that an offender is not a dangerous offender. We consider each aspect of the argument in turn.

(1) The Sentencing Judge’s Discretion

Section 753(1) provides that “[t]he court may, on application made under this Part following the filing of an assessment report under subsection 752.1(2), find the offender to be a dangerous offender” if it is satisfied that the statutory criteria set out in paras. (a) or (b) are met. The Crown submits that the word “may” in s. 753(1) does not create a true discretion, but rather grants a power that is contingent only

lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence ». La question qui se pose en l’espèce consiste à savoir si les nouvelles dispositions accordent à l’intimé le droit de voir sa sentence régie rétroactivement par les dispositions telles qu’elles ont été modifiées en 1997. Pour répondre à cette question, il faut interpréter aussi bien les anciennes dispositions que les nouvelles afin de déterminer lesquelles offrent la perspective d’une peine moins sévère à tout accusé qui, comme l’intimé, est condamné sous leur régime.

A. *Demande de déclaration portant qu’un délinquant est un délinquant dangereux présentée en application des dispositions actuelles*

Le ministère public fait valoir que le délinquant qui remplit les conditions énoncées aux al. 753(1)a) ou b) doit être déclaré délinquant dangereux et se voir infliger une peine de détention d’une durée indéterminée, sans égard au fait qu’il puisse également remplir les conditions applicables à la désignation d’un délinquant à contrôler. Cet argument comporte deux volets. Premièrement, suivant le par. 753(1), le tribunal n’a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire. Deuxièmement, suivant l’al. 753(5)a) du *Code criminel*, le tribunal saisi d’une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant dangereux ne peut envisager l’application des dispositions relatives aux délinquants à contrôler qu’après avoir statué que le délinquant n’est pas un délinquant dangereux. Nous examinerons successivement chacun de ces volets.

(1) Le pouvoir discrétionnaire du juge qui détermine la peine

Le paragraphe 753(1) dispose que « [s]ur demande faite, en vertu de la présente partie, postérieurement au dépôt du rapport d’évaluation visé au paragraphe 752.1(2), le tribunal peut déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux » s’il est convaincu que sont réunies les conditions énoncées aux al. a) ou b). Le ministère public prétend que le mot « peut » employé au par. 753(1) ne confère pas

upon proof of the statutory conditions. On this view, the word “may” in the phrase “[t]he court may . . . find the offender to be a dangerous offender” should be treated as imperative; a sentencing judge who finds that the dangerous offender criteria are met must make a dangerous offender designation. For the following reasons, it is our opinion that this submission must fail.

16 The language of s. 753(1) indicates that a sentencing judge retains a discretion whether to declare an offender dangerous who meets the criteria for that designation. As mentioned above, s. 753(1) provides that the court may find an offender to be a dangerous offender if it is satisfied that the statutory criteria set out in paras. (a) or (b) are met. On its face, the word “may” denotes a discretion, while the word “shall” is commonly used to denote an obligation: see for example *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 549. Indeed, s. 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, requires “shall” to be construed as imperative and “may” to be construed as permissive. If Parliament had intended that an offender must be designated dangerous if each of the statutory criteria have been satisfied, one would have expected Parliament to have used the word “shall” rather than “may”.

17 That said, cases do exist in which courts have found that the power conferred by “may” is coupled with a duty once all the conditions for the exercise of the power have been met: *R. Sullivan, Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 58. See for example, *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, in which the Nova Scotia Court of Appeal ruled that Sackville’s Metropolitan Authority was obliged to pay the claimant pursuant to s. 8(1) of the *Community of Sackville Landfill Compensation Act*, S.N.S. 1993, c. 71, despite the fact that the section provided that the Authority may pay an amount to a person who is a resident, or an owner or occupier

un véritable pouvoir discrétionnaire, mais bien un pouvoir dont l’exercice ne dépend que de la preuve des éléments exigés par le législateur. Il soutient que, dans l’énoncé « le tribunal peut déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux », le mot « peut » crée une obligation. Ainsi, le tribunal doit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux lorsque, à son avis, sont réunies les conditions légales pour le faire. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis que cette prétention doit être rejetée.

Tout d’abord, il ressort du libellé du par. 753(1) que le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déclarer ou non que le délinquant est un délinquant dangereux. Comme il est mentionné précédemment, cette disposition prévoit que le tribunal peut déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux s’il est convaincu que les conditions énoncées aux al. a) ou b) sont réunies. De prime abord, le verbe « pouvoir » suggère une faculté, alors que l’indicatif présent suppose habituellement l’existence d’une obligation : voir par exemple *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, p. 549. En effet, l’art. 11 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, dispose que l’obligation s’exprime essentiellement par l’indicatif présent et que l’octroi d’une faculté s’exprime essentiellement par le verbe « pouvoir ». Si l’intention du législateur avait été que le tribunal doive déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont remplies toutes les conditions pour le faire, il aurait employé l’indicatif présent et non le verbe « pouvoir ».

Cela étant dit, dans certaines affaires, le tribunal a estimé que le pouvoir conféré par le mot « peut » se doublait d’une obligation lorsque toutes les conditions de l’exercice de ce pouvoir étaient réunies : *R. Sullivan, Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 58. Voir à titre d’exemple *Brown c. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, où la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a statué que, suivant le par. 8(1) de la *Community of Sackville Landfill Compensation Act*, S.N.S. 1993, ch. 71, l’Administration de Sackville était tenue de verser une indemnité à la partie demanderesse, même si la disposition prévoyait qu’elle pouvait indemniser un résidant de la municipalité,

of real or personal property in the municipality on account of damages arising out of the operation of the landfill. But as Sullivan observes, at pp. 59-60:

In a case like *Brown*, it is wrong to say that “may” means “shall” or “may” is imperative. As Cotton L.J. wrote in *Nichols v. Baker*,

I think that great misconception is caused by saying that in some cases “may” means “must”. It can never mean “must”, so long as the English language retains its meaning; but it gives a power, and then it may be a question in what cases, where a Judge has a power given him by the word “may”, it becomes his duty to exercise it. (*In re Baker; Nichols v. Baker* (1890), 44 Ch. D. 262, at 270.)

The duty, if it arises, is inferred from the purpose and scheme of the Act or from other contextual factors. [Emphasis added.]

In this case, there is no indication of a duty to find an offender dangerous once the statutory criteria have been met. As we will elaborate, neither the purpose of the dangerous offenders regime, nor the principles of sentencing, nor the principles of statutory interpretation suggest that a sentencing judge must designate an offender dangerous if the statutory criteria in s. 753(1)(a) or (b) have been met. On the contrary, each of these factors indicates that a sentencing judge retains the discretion not to declare an offender dangerous even if the statutory criteria are met. This is particularly true now that it is clear that offenders declared dangerous must be given an indeterminate sentence.

In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, this Court affirmed that the primary purpose of the dangerous offender regime is the protection of the public: see also *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.), cited with approval in *Lyons*, *supra*, at p. 329. In *Lyons*, La Forest J. explained that preventive detention under the dangerous offender regime goes beyond what is justified on a

ou le propriétaire ou l’occupant d’un bien, meuble ou immeuble, qui y était situé du préjudice causé par l’exploitation de la décharge. Mais comme le signale Sullivan, aux p. 59-60 :

[TRADUCTION] Il est erroné de dire, dans une affaire comme *Brown*, que « peut » équivaut à « doit » ou qu’il crée une obligation. Dans *Nichols v. Baker*, le lord juge Cotton a écrit :

Dire que dans certains cas « may » (peut) veut dire « must » (doit) crée une grande confusion. Ce ne peut être le cas tant que sa signification ne change pas en anglais; « peut » dénote une faculté, et dès lors la question peut se poser de savoir dans quelles circonstances le tribunal a l’obligation d’exercer son pouvoir. (*In re Baker; Nichols c. Baker* (1890), 44 Ch. D. 262, p. 270.)

L’obligation, si elle naît, s’infère de l’objet et de l’esprit de la Loi ou d’autres facteurs contextuels. [Nous soulignons.]

En l’espèce, aucun élément ne permet de conclure à l’existence de l’obligation de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire. Comme nous le préciserons, ni l’objet du régime applicable aux délinquants dangereux, ni les principes de la détermination de la peine, ni les principes d’interprétation législative ne donnent à penser que le juge chargé de la détermination de la peine doit déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions prévues aux al. 753(1)a) ou b). Au contraire, il appert de chacun de ces éléments que le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux même lorsque ces conditions sont remplies. Cela est d’autant plus vrai maintenant qu’il est clair qu’un délinquant déclaré délinquant dangereux doit se voir infliger une peine de détention d’une durée indéterminée.

Dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, notre Cour a affirmé que l’objectif principal du régime applicable aux délinquants dangereux était la protection du public : voir également *Re Moore and The Queen* (1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.), cité avec approbation dans *Lyons*, précité, p. 329. Dans cet arrêt, le juge La Forest explique que la détention préventive prévue par ce régime va au-delà de ce

18

19

“just deserts” rationale based on the reasoning that in a given case, the nature of the crime and the circumstances of the offender call for the elevation of the goal of protection of the public over the other purposes of sentencing. *La Forest J.* confirmed, at p. 339, that the legislation was designed “to carefully define a very small group of offenders whose personal characteristics and particular circumstances militate strenuously in favour of preventive incarceration”.

20

Indeterminate detention under the dangerous offender regime is warranted only insofar as it actually serves the purpose of protecting the public. As we discuss more thoroughly below, there may be circumstances in which an offender meets the statutory criteria for a dangerous offender designation but the goal of protecting the public can be achieved without indeterminate detention. An interpretation of the dangerous offender provisions that would require a sentencing judge to declare an offender dangerous and sentence him or her to an indeterminate period of detention in each instance in which the statutory criteria for a dangerous offender designation have been satisfied would introduce an unnecessary rigidity into the process and overshoot the public protection purpose of the dangerous offender regime.

21

Nor is there anything in the purposes of the sentencing regime as a whole, as set out both in the decisions of this Court and in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*, which would indicate a duty to find an offender dangerous in each circumstance in which the statutory criteria are met. On the contrary, the underlying objectives of the sentencing regime, of which the dangerous offender provisions form a part, indicate a discretion to impose a just and fit sentence in the circumstances of the individual case.

22

In *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, Lamer C.J., writing for the Court, emphasized, at para. 82, that “sentencing is an individualized process, in which the trial judge has considerable

qui est justifié suivant le principe du « châtiment mérité » selon lequel, dans un cas donné, la nature du crime et la situation du délinquant font en sorte que l’objectif de la protection du public l’emporte sur les autres objectifs de la détermination de la peine. Il confirme à la p. 339 que la loi visait à « définir soigneusement un groupe très restreint de délinquants dont les caractéristiques personnelles et la situation particulière militent fortement en faveur d’une incarcération préventive ».

La détention d’un délinquant dangereux pendant une période indéterminée n’est justifiée que si elle vise effectivement à protéger le public. Comme le fera ressortir notre analyse plus approfondie, il peut arriver qu’un délinquant remplisse les conditions d’une déclaration portant qu’il est un délinquant dangereux, mais que l’objectif de la protection du public puisse être atteint sans lui infliger une peine de détention d’une durée indéterminée. Une interprétation des dispositions en cause qui exigerait que le tribunal déclare qu’un délinquant est un délinquant dangereux et qu’il le condamne à une peine de détention d’une durée indéterminée chaque fois que sont réunies les conditions légales pour le faire rendrait la procédure inutilement rigide et irait au-delà de l’objectif de la protection du public, qui sous-tend le régime applicable aux délinquants dangereux.

Les objectifs du régime de détermination de la peine dans son ensemble, établis tant par les arrêts de notre Cour que par les art. 718 à 718.2 du *Code criminel*, ne donnent pas non plus à penser qu’il incombe au tribunal de déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux chaque fois que sont réunies les conditions légales pour le faire. Au contraire, les objectifs qui sous-tendent ce régime, dont font partie les dispositions relatives aux délinquants dangereux, indiquent que le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d’infliger une peine juste et appropriée compte tenu des circonstances de l’espèce.

Dans *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, par. 82, le juge en chef Lamer a précisé, au nom de notre Cour, que « la détermination de la peine est un processus individualisé, dans le cadre duquel le

discretion in fashioning a fit sentence". The rationale flows from the principles of sentencing set out in the *Criminal Code*, including s. 718.1, which states that a sentence "must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender", and s. 718.2(d), which states that an offender "should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances".

This Court has previously confirmed that dangerous offender proceedings form part of the sentencing process: see for example *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at pp. 279-80 and 294-95, and *Lyons*, *supra*, at p. 350. As such, their interpretation must be guided by the fundamental purpose and principles of sentencing contained in ss. 718 to 718.2. The role played by the purpose and principles of sentencing in guiding the interpretation of the dangerous offender provisions is reflected in the comments of La Forest J., in *Lyons*, at p. 329, that preventive detention "simply represents a judgment that the relative importance of the objectives of rehabilitation, deterrence and retribution are greatly attenuated in the circumstances of the individual case, and that of prevention, correspondingly increased".

The proposition that a court is under a duty to declare an offender dangerous in each circumstance in which the statutory criteria are satisfied is in direct conflict with the underlying principle that the sentence must be appropriate in the circumstances of the individual case. A rigid rule that each offender who satisfies the statutory criteria in s. 753(1) must be declared dangerous and sentenced to an indeterminate period of detention undermines a sentencing judge's capacity to fashion a sentence that fits the individual circumstances of a given case. Thus, rather than suggesting that a sentencing judge is under an obligation to find an offender dangerous once the statutory criteria are met, the principles and purposes underlying the *Criminal Code*'s sentencing provisions actually favour a

judge du procès dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour déterminer la peine appropriée ». Cela découle des principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*, y compris à l'art. 718.1, qui dispose que la peine « est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant », et à l'al. 718.2d), qui prévoit « l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient ».

Notre Cour a déjà confirmé que la procédure par laquelle un délinquant peut être déclaré délinquant dangereux fait partie du processus de détermination de la peine : voir par exemple *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 279-280 et 294-295, et *Lyons*, précité, p. 350. L'interprétation des dispositions en cause doit donc tenir compte de l'objectif essentiel et des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2. L'incidence de cet objectif et de ces principes sur l'interprétation des dispositions relatives aux délinquants dangereux ressort des observations du juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*, p. 329, selon lesquelles la détention préventive « représente simplement un jugement que l'importance relative des objectifs de réinsertion sociale, de dissuasion et de châtement peut diminuer sensiblement dans un cas particulier et celle de la prévention s'accroître proportionnellement ».

La prétention que le tribunal a l'obligation de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux chaque fois que sont réunies les conditions légales pour le faire va directement à l'encontre du principe sous-jacent que la peine doit être appropriée aux circonstances de l'espèce. Une règle inflexible selon laquelle tout délinquant qui remplit les conditions énoncées au par. 753(1) doit être déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée empêche le tribunal de déterminer une peine appropriée à la situation du délinquant. Les principes et les objectifs qui sous-tendent les dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine ne permettent donc pas de conclure que le tribunal a l'obligation de déclarer qu'un délinquant est un délinquant

23

24

sentencing judge's discretion whether to declare an offender dangerous who has met the statutory criteria in s. 753(1).

25

The Crown has pointed to a line of lower court judgments, beginning with *R. v. Moore* (1985), 16 C.C.C. (3d) 328 (Ont. C.A.), which say that a sentencing judge must designate an offender dangerous once the statutory criteria for the designation have been satisfied: see also *R. v. Boutilier* (1995), 144 N.S.R. (2d) 293 (C.A.); *R. v. Dow* (1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177, decided under the previous legislation; *R. v. J.T.H.* (2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138; *R. v. D.W.M.*, [2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5, decided under the current regime. There is also a contrary line of cases affirming the court's discretion to decline to make the designation which relies on *Lyons*: see for example *R. v. N. (L.)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206, decided under the current and previous legislation; *R. v. Driver*, [2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69, decided under the previous legislation; *R. v. O.G.*, [2001] O.J. No. 1964 (QL) (C.J.); *R. v. Tremblay* (2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551; and *R. v. Roy*, [1999] Q.J. No. 5648 (QL) (Sup. Ct.), rev'd on a different issue (2002), 167 C.C.C. (3d) 203 (Que. C.A.), decided under the current regime. Other courts have expressed uncertainty as to which line of cases to follow: see for example *R. v. F.W.M.*, [2001] O.J. No. 4591 (QL) (S.C.J.); *R. v. Morin* (1998), 173 Sask. R. 101 (Q.B.); *R. v. R.C.* (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271 (Nfld. C.A.).

26

However, this Court confirmed in *Lyons, supra*, that the phrase "the court may find the offender to be a dangerous offender" denotes a discretion. In support of the Court's conclusion that the dangerous offender regime did not violate the prohibition on cruel and unusual punishment, La Forest J. stated, at p. 338, that "the court has the discretion not to designate the offender as dangerous or to impose an indeterminate sentence, even in circumstances where all

dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire, mais militent plutôt en faveur d'un pouvoir discrétionnaire de déclarer ou non que le délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont remplies les conditions prévues au par. 753(1).

Le ministère public a cité une série de jugements de tribunaux inférieurs, à commencer par *R. c. Moore* (1985), 16 C.C.C. (3d) 328 (C.A. Ont.), selon lesquels le juge qui détermine la peine doit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire : voir également *R. c. Boutilier* (1995), 144 N.S.R. (2d) 293 (C.A.), et *R. c. Dow* (1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177, arrêts fondés sur les dispositions antérieures; *R. c. J.T.H.* (2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138; *R. c. D.W.M.*, [2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5, décisions fondées sur les dispositions actuelles. Il existe également un courant contraire confirmant le pouvoir discrétionnaire du tribunal de refuser de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et s'appuyant sur *Lyons* : voir par exemple *R. c. N. (L.)* (1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206, décision fondée sur les dispositions actuelles et antérieures; *R. c. Driver*, [2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69, décision fondée sur les dispositions antérieures; *R. c. O.G.*, [2001] O.J. No. 1964 (QL) (C.J.); *R. c. Tremblay* (2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551, et *R. c. Roy*, [1999] J.Q. n° 5648 (QL) (C.S.), inf. sur un autre point (2002), 167 C.C.C. (3d) 203 (C.A. Qué.), décisions fondées sur les dispositions actuelles. D'autres tribunaux ont dit ne pas savoir à quel courant se rallier : voir par exemple *R. c. F.W.M.*, [2001] O.J. No. 4591 (QL) (C.S.J.); *R. c. Morin* (1998), 173 Sask. R. 101 (B.R.), et *R. c. R.C.* (1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271 (C.A.T.-N.).

Or, dans *Lyons*, précité, notre Cour a confirmé que l'énoncé « le tribunal [. . .] peut déclarer qu'il s'agit là d'un délinquant dangereux » dénotait l'existence d'un pouvoir discrétionnaire. À l'appui de son refus de voir dans les dispositions applicables aux délinquants dangereux une atteinte à la garantie contre les peines cruelles et inusitées, le juge La Forest a dit à la p. 338 que « la cour a le pouvoir discrétionnaire de ne pas désigner le délinquant

of these criteria are met” (emphasis added). He reiterated the point at p. 362, stating that a sentencing judge “does retain a discretion whether or not to impose the designation or indeterminate sentence, or both” (emphasis added). Insofar as *Moore* and its progeny suggest that sentencing judges must declare an offender dangerous if the statutory criteria have been satisfied, they have been overruled by *Lyons*.

Having determined that the phrase “[t]he court may... find the offender to be a dangerous offender” denotes a discretion, the next issue that falls to be considered is the legal principles and factors that a sentencing judge must consider in the exercise of that discretion. For the reasons that follow, it is our conclusion that one factor that a sentencing judge must consider is the possibility that the sanctions available pursuant to the long-term offender provisions would be sufficient to achieve the objectives that the dangerous offender provisions seek to advance.

(2) The Exercise of Discretion

Like all discretion exercised in the sentencing context, a judge’s discretion whether to declare an offender dangerous must be guided by the relevant principles of sentencing contained in ss. 718 to 718.2 of the *Criminal Code*. As mentioned above, these include the fundamental principle of proportionality contained in s. 718.1 and, most relevant to the central issue in the present appeal, the principle of restraint enunciated in paras. (d) and (e) of s. 718.2, which provide as follows:

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

comme dangereux ou de ne pas lui imposer une peine d’une durée indéterminée, et ce, même dans des circonstances où tous les critères susmentionnés ont été remplis » (nous soulignons). Il l’a rappelé à la p. 362 en ajoutant que le juge qui détermine la peine « conserve un pouvoir discrétionnaire de qualifier le délinquant de dangereux ou de lui imposer une peine d’une durée indéterminée, ou les deux à la fois » (nous soulignons). *Lyons* a infirmé l’arrêt *Moore* et les jugements rendus dans sa foulée dans la mesure où ils laissent entendre que le tribunal doit déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux lorsque sont réunies les conditions légales pour le faire.

Maintenant qu’il est établi que l’énoncé « le tribunal peut déclarer qu’un délinquant est un délinquant dangereux » confère un pouvoir discrétionnaire, la question est de savoir quels principes juridiques et quels facteurs le tribunal doit prendre en considération dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Pour les motifs qui suivent, nous arrivons à la conclusion que l’un des facteurs à considérer est la possibilité que les sanctions prévues par les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d’atteindre les objectifs des dispositions applicables aux délinquants dangereux.

(2) L’exercice du pouvoir discrétionnaire

À l’instar de tout pouvoir discrétionnaire exercé dans le contexte de la détermination de la peine, le pouvoir discrétionnaire du tribunal de déclarer ou non qu’un délinquant est un délinquant dangereux doit être exercé conformément aux principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code criminel* et applicables à l’espèce. Rappelons que ces principes englobent le principe fondamental de la proportionnalité, prévu à l’art. 718.1, et celui de la modération — le plus à propos quant à la question qui est au cœur du présent pourvoi — énoncé aux al. 718.2d) et e), dont voici le libellé :

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

27

28

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

The joint effect of these principles is that a sentencing judge must consider the possibility that a less restrictive sanction would attain the same sentencing objectives that a more restrictive sanction seeks to attain.

29

In this case, the sentencing objective in question is public protection: see for example *Lyons, supra*, at p. 329, and *Hatchwell v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 39, in which Dickson J. (as he then was) wrote, at p. 43, that the dominant purpose of preventive detention is “to protect the public when the past conduct of the criminal demonstrates a propensity for crimes of violence against the person, and there is a real and present danger to life or limb”. Absent such a danger, there is no basis on which to sentence an offender otherwise than in accordance with the ordinary principles of sentencing. The principles of sentencing thus dictate that a judge ought to impose an indeterminate sentence only in those instances in which there does not exist less restrictive means by which to protect the public adequately from the threat of harm, i.e., where a definite sentence or long-term offender designation are insufficient. The essential question to be determined, then, is whether the sentencing sanctions available pursuant to the long-term offender provisions are sufficient to reduce this threat to an acceptable level, despite the fact that the statutory criteria in s. 753(1) have been met.

30

In order for the sentencing sanctions available pursuant to the long-term offender provisions to reduce the threat associated with an offender who satisfies the dangerous offender criteria to an acceptable level, it must be possible for the same offender to satisfy both the dangerous offender criteria and the long-term offender criteria. To repeat, the three criteria that must be established on a long-term offender application are: (i) it must be appropriate to

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

Ensemble, ces principes ont pour effet d'obliger le juge qui détermine la peine à envisager la possibilité qu'une sanction moins contraignante puisse atteindre les mêmes objectifs de la détermination de la peine qu'une sanction plus contraignante.

En l'espèce, l'objectif de la peine infligée est la protection du public : voir par exemple *Lyons*, précité, p. 329, et *Hatchwell c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 39, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dit à la p. 43 que le but principal de la détention préventive est « de protéger le public lorsque le comportement antérieur d'un criminel dénote une tendance à commettre des crimes de violence contre la personne et qu'il existe, de ce fait, un danger réel et actuel pour la vie et l'intégrité physique des gens ». En l'absence d'un tel danger, il n'y a aucun motif de déroger aux principes habituels de détermination de la peine. Ces principes exigent donc que le tribunal n'inflige une peine de détention d'une durée indéterminée que dans les cas où d'autres moyens moins contraignants ne permettent pas de protéger adéquatement le public contre le risque de préjudice, c.-à-d. lorsqu'une peine d'une durée déterminée ou la déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant à contrôler ne suffisent pas. La question essentielle à trancher est donc de savoir si les sanctions que prévoient les dispositions relatives aux délinquants à contrôler permettent d'abaisser ce risque à un niveau acceptable, même si les conditions énoncées au par. 753(1) sont réunies.

Pour que ces sanctions puissent abaisser à un niveau acceptable le risque que présente un délinquant susceptible d'être déclaré dangereux, ce dernier doit pouvoir remplir à la fois les conditions d'une déclaration de délinquant dangereux et celles d'une déclaration de délinquant à contrôler. Rappelons les trois conditions essentielles pour que le tribunal puisse faire droit à une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant à

impose a sentence of imprisonment of two or more years in respect of the predicate offence; (ii) there must be a substantial risk that the offender will reoffend; and (iii) there must be a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community. On a dangerous offender application, the sentencing judge must be satisfied that the offender constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons, on the basis of a pattern of repetitive or persistent aggressive behaviour, brutal behaviour, or sexual misconduct described in s. 753(1)(a) and (b).

Almost every offender who satisfies the dangerous offender criteria will satisfy the first two criteria in the long-term offender provisions. In virtually every instance in which an offender is declared dangerous, it would have been appropriate to impose a sentence of imprisonment of two or more years in respect of the predicate offence and there will be a substantial risk that the offender will reoffend. In a certain percentage of those cases there will also be a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community. In those instances in which the offender currently constitutes a threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons yet there is a reasonable possibility of eventual control of the risk in the community, an offender will satisfy the criteria in both the dangerous offender and long-term offender provisions.

In those instances where both the dangerous and long-term offender provisions are satisfied, it may be that the sentencing sanctions available under the long-term offender provisions are capable of reducing the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level. Under s. 753.1(3), long-term offenders are sentenced to a definite term of imprisonment followed by a long-term community supervision order of a maximum of ten years in accordance with the *Corrections and Conditional Release Act*. Supervision conditions under s. 134.1(2) of the Act

contrôler : (i) il doit y avoir lieu d'imposer au délinquant une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement pour l'infraction sous-jacente, (ii) le délinquant doit présenter un risque élevé de récidive et (iii) il doit y avoir une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité. Dans le cas d'une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal doit être convaincu que le délinquant constitue un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, sur le fondement de preuves établissant la répétition de ses actes, la répétition continue de ses actes d'agression, son comportement brutal ou son inconduite sexuelle, comme le prévoient les al. 753(1)a) et b).

La quasi-totalité des délinquants qui remplissent les conditions d'une déclaration de délinquant dangereux rempliront les deux premières conditions d'une déclaration de délinquant à contrôler. Dans presque tous les cas où un délinquant est déclaré dangereux, il y aurait eu lieu de lui imposer une peine d'au moins deux ans d'emprisonnement pour l'infraction sous-jacente et il présentera un risque élevé de récidive. Dans un certain nombre de ces cas, il existera également une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité. Lorsque le délinquant constitue actuellement un danger pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit, mais qu'il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, le délinquant remplira les conditions d'application des dispositions relatives aux délinquants dangereux et des dispositions concernant les délinquants à contrôler.

En pareils cas, les sanctions prévues par les dispositions relatives aux délinquants à contrôler peuvent abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autrui. Le paragraphe 753.1(3) dispose que le tribunal impose à un délinquant à contrôler une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée et ordonne qu'il soit ensuite soumis, pendant au plus dix ans, à une surveillance au sein de la collectivité en conformité avec la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Le paragraphe 134.1(2) de cette loi précise que les

31

32

may include those that are “reasonable and necessary in order to protect society”. The very purpose of a long-term supervision order, then, is to protect society from the threat that the offender currently poses — and to do so without resort to the blunt instrument of indeterminate detention. If the public threat can be reduced to an acceptable level through either a determinate period of detention or a determinate period of detention followed by a long-term supervision order, a sentencing judge cannot properly declare an offender dangerous and sentence him or her to an indeterminate period of detention.

33

The Crown refutes the conclusion that the long-term offender provisions must be considered before a dangerous offender designation is made with reference to *R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), affirmed by this Court in brief oral reasons, [1983] 2 S.C.R. 58. In that case, the Court of Appeal considered whether, prior to the 1997 amendments, prospects of cure or treatment ought to be considered on a dangerous offender application and, if so, at which stage. McGillivray C.J.A. for the majority, held that treatment prospects were irrelevant to the question of whether an offender is a dangerous offender, but that such prospects may be taken into account in determining whether to impose a determinate or indeterminate sentence. The Crown relies on *Carleton* in support of its proposition that it is improper to consider prospective factors, including the possibility of eventual control of the risk in the community, in determining whether an offender is a dangerous offender.

34

However, there is some question as to whether *Carleton* correctly determined that prospective factors were irrelevant at the designation stage. The Court of Appeal’s analysis was based on the assumption that once the statutory criteria were satisfied, the sentencing judge first had to consider

conditions de la surveillance peuvent comprendre celles jugées « raisonnables et nécessaires pour protéger la société ». L’objectif même d’une ordonnance de surveillance de longue durée est donc de protéger la société contre le danger que présente actuellement le délinquant — et ce, sans recourir à la mesure radicale qu’est la peine de détention d’une durée indéterminée. Lorsque le risque pour le public peut être abaissé à un niveau acceptable par l’imposition d’une peine de détention d’une durée déterminée ou d’une peine de détention d’une durée déterminée suivie d’une surveillance de longue durée, le juge chargé de la détermination de la peine ne peut à bon droit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et le condamner à une peine de détention d’une durée indéterminée.

Le ministère public rejette la conclusion que les dispositions applicables aux délinquants à contrôler doivent être prises en considération avant qu’un délinquant ne soit déclaré dangereux. Il invoque à l’appui *R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), que notre Cour a confirmé succinctement et de vive voix : [1983] 2 R.C.S. 58. Dans cette affaire, la Cour d’appel devait décider si, avant les modifications de 1997, le tribunal saisi d’une demande de déclaration portant qu’un délinquant est un délinquant dangereux devait tenir compte des perspectives de guérison ou de traitement et, dans l’affirmative, à quelle étape. Le juge en chef McGillivray a statué au nom des juges majoritaires que cette considération n’était pas pertinente quant à savoir si le délinquant était ou non un délinquant dangereux, mais qu’elle pouvait jouer dans la décision d’infliger une peine de détention d’une durée déterminée ou indéterminée. Le ministère public invoque *Carleton* à l’appui de sa prétention selon laquelle il n’y a pas lieu de tenir compte d’éléments prospectifs, comme la possibilité que le risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, pour décider si un délinquant est un délinquant dangereux.

L’on peut cependant se demander si, dans *Carleton*, la Cour d’appel a eu raison de statuer que les facteurs prospectifs ne devaient pas être considérés au moment de décider si un délinquant est un délinquant dangereux. L’analyse de la Cour d’appel se fondait sur l’hypothèse que, une fois les

whether to declare the offender dangerous, and then had to consider whether to impose an indeterminate sentence. But it is unclear that this two-step approach is the proper one. First, the purpose of the dangerous offender provisions is not to designate offenders as dangerous for the sake of designating offenders dangerous, but to protect the public. No sentencing objective is advanced by declaring an offender dangerous and then imposing a determinate sentence. Moreover, the two-stage approach is inconsistent with the French text, which provides that once the statutory criteria in s. 753 are satisfied, the court “*peut déclarer qu’il s’agit là d’un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l’infraction dont il vient d’être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée*”. This clearly suggests that Parliament intended that a sentencing judge would ask but one question: whether it would be appropriate, in the circumstances of the case, to declare the offender dangerous and thereby impose a period of indeterminate detention.

Carleton thus provides little support for the proposition that a sentencing judge cannot consider treatment prospects at the designation stage. After all, the Court of Appeal was unanimous in *Carleton* that treatment prospects must be considered at some point prior to imposing an indeterminate sentence. If the court had recognized that following a determination that the statutory criteria have been satisfied there is but one question to be asked — whether to declare the offender dangerous and thereupon impose an indeterminate period of detention — it is far from clear that it would subsequently have reached the same conclusion in respect of the relevance of treatment prospects in determining whether to designate an offender dangerous. On the one-stage approach that we have proposed, the Court of Appeal’s concurrent findings that the treatment prospects cannot be considered at the

conditions légales réunies, le tribunal devait se demander s’il y avait lieu tout d’abord de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux, puis de lui infliger une peine de détention d’une durée indéterminée. Mais il n’est pas certain que cette démarche en deux étapes est celle qui convient. Premièrement, l’objectif des dispositions applicables aux délinquants dangereux n’est pas simplement de déclarer qu’un délinquant est dangereux, mais bien de protéger le public. Aucun objectif de la détermination de la peine n’est atteint par la déclaration portant qu’un délinquant est un délinquant dangereux, puis par l’imposition d’une peine de détention d’une durée déterminée. En outre, la démarche en deux étapes est incompatible avec la version française de la disposition, qui prévoit que lorsque sont réunies les conditions énoncées à l’art. 753, le tribunal « peut déclarer qu’il s’agit là d’un délinquant dangereux et lui imposer, au lieu de toute autre peine qui pourrait être imposée pour l’infraction dont il vient d’être déclaré coupable, une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée ». Ce texte donne clairement à penser que le législateur a voulu que le juge qui détermine la peine se pose seulement une question : est-il opportun, dans les circonstances de l’espèce, de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de lui imposer de ce fait une peine de détention d’une durée indéterminée?

L’arrêt *Carleton* n’étaye donc pas la prétention voulant que le tribunal ne puisse tenir compte des perspectives de traitement au moment de décider si le délinquant est un délinquant dangereux. Après tout, la Cour d’appel y conclut à l’unanimité que les perspectives de traitement doivent être examinées à une étape antérieure à l’imposition d’une peine de détention pour une période indéterminée. Si la Cour d’appel avait reconnu que, une fois établi le respect de toutes les conditions légales, une seule question se posait — y a-t-il lieu de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner par conséquent à une peine de détention d’une durée indéterminée? — il est loin d’être certain qu’elle serait arrivée à la même conclusion concernant l’opportunité de tenir compte des perspectives de traitement pour décider si un délinquant est un délinquant dangereux. Étant donné la démarche en une étape

designation stage yet must be considered prior to imposing an indeterminate sentence are incompatible.

36

But even if *Carleton* correctly concluded that under the pre-1997 provisions, prospective factors, including the reasonable possibility of eventual control of the risk in the community, could not properly be considered at the stage of designating an offender dangerous, this is no longer the case under the amended provisions. *Lyons* held, at pp. 337-38, that a sentencing judge's discretion not to impose an indeterminate sentence, even where all of the statutory criteria are met, helped ensure proportionality between the goal of protecting the public on the one hand and the serious effect of indeterminate detention on the accused on the other. Consequently, the discretion helped ensure the dangerous offender provisions' constitutionality. In other words, as we state elsewhere in these reasons, the imposition of an indeterminate sentence is justifiable only insofar as it actually serves the objective of protecting society. Now that it is clear that a sentencing judge has but one discretion to exercise, prospective factors, including the possibility of eventual control of the risk in the community, must be considered at some point leading up to a dangerous offender designation. This is necessary to ensure that an indeterminate sentence is imposed only in those circumstances in which the objective of public protection truly requires indeterminate detention. Consequently, under this analysis, *Carleton*, which was decided prior to the 1997 amendments, has no bearing on the above analysis.

(3) Section 753(5)

37

The Crown submits that s. 753(5) precludes a sentencing judge from considering the long-term offender provisions until after he or she has already

que nous préconisons, les conclusions concordantes de la Cour d'appel — les perspectives de traitement ne peuvent être prises en compte à l'étape de la déclaration, mais doivent l'être avant l'imposition d'une peine de détention d'une durée indéterminée — sont incompatibles.

De toute façon même si, dans *Carleton*, la Cour d'appel a conclu à juste titre, sous le régime des dispositions antérieures à 1997, que les facteurs prospectifs, comme la possibilité réelle que le risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, ne peuvent être pris en considération au moment de décider si le délinquant est un délinquant dangereux, ce n'est plus le cas maintenant. Dans *Lyons*, notre Cour a conclu aux p. 337-338 que le pouvoir discrétionnaire du tribunal de ne pas infliger une peine de détention d'une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire, contribuait à assurer la proportionnalité entre l'objectif de la protection du public, d'une part et les graves conséquences, pour l'accusé, d'une détention dont la durée est indéterminée, d'autre part. Partant, ce pouvoir discrétionnaire contribuait à la constitutionnalité du régime applicable aux délinquants dangereux. En d'autres termes, comme nous le précisons ailleurs dans les présents motifs, le tribunal n'est justifié d'infliger une peine de détention d'une durée indéterminée que si cela sert la protection de la société. Maintenant qu'il est établi que le tribunal n'a qu'un seul pouvoir discrétionnaire à exercer, les éléments prospectifs, y compris la possibilité réelle que le risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité, doivent être examinés à une étape ou une autre du processus menant à la décision que le délinquant est ou n'est pas un délinquant dangereux. Cet examen s'impose pour qu'un délinquant ne soit condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée que lorsque l'objectif de la protection du public l'exige vraiment. Par conséquent, l'arrêt *Carleton*, antérieur aux modifications de 1997, ne pèse aucunement sur l'analyse qui précède.

(3) Le paragraphe 753(5)

Le ministère public soutient que, suivant le par. 753(5), le tribunal ne peut se pencher sur les dispositions applicables aux délinquants à contrôler

determined that the offender is not a dangerous offender. Section 753(5) provides as follows:

If the court does not find an offender to be a dangerous offender,

(a) the court may treat the application as an application to find the offender to be a long-term offender, section 753.1 applies to the application and the court may either find that the offender is a long-term offender or hold another hearing for that purpose; or

(b) the court may impose sentence for the offence for which the offender has been convicted.

It is our view that s. 753(5) has no such effect. The sole purpose of s. 753(5) is to ensure that the Crown need not bring one application for a declaration that an offender is a dangerous offender and then, should that first application fail, a separate application seeking a declaration that an offender is a long-term offender. Section 753(5) thus increases the efficiency of the court system and preserves judicial resources by providing for a substantial degree of procedural integration between the two designations. It does not, however, limit the scope of factors that a sentencing judge might properly take into account when determining whether or not to declare an offender dangerous.

Furthermore, s. 759(3)(a) provides that a court of appeal may allow an appeal against a finding that an offender is a dangerous offender and find that the offender is a long-term offender. If a court of appeal has the power to consider the possibility of a long-term offender designation on an appeal, a sentencing judge must have the same power on the initial application. This supports the conclusion that Parliament did not intend the dangerous offender provisions and the long-term offender provisions to be considered in isolation of one another. On a dangerous offender application, a sentencing judge may consider the possibility that a long-term offender designation is appropriate.

qu'après avoir décidé que le délinquant n'est pas un délinquant dangereux. Voici le libellé de cette disposition :

S'il ne déclare pas que le délinquant est un délinquant dangereux, le tribunal peut, selon le cas :

a) considérer la demande comme une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler, auquel cas l'article 753.1 s'applique, et soit déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler, soit tenir une autre audience à cette fin;

b) lui imposer une peine pour l'infraction dont il a été déclaré coupable.

Nous sommes d'avis que le par. 753(5) n'a pas cet effet. Son unique objet est de faire en sorte que le ministère public n'ait pas à présenter une demande de déclaration portant que le délinquant est un délinquant dangereux puis, s'il est débouté, une demande distincte de déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler. Le paragraphe 753(5) accroît ainsi l'efficacité du système judiciaire et évite le gaspillage des ressources judiciaires en prévoyant, dans une large mesure, l'intégration procédurale des deux régimes. Il n'a cependant pas pour effet de limiter les facteurs que le tribunal peut dûment prendre en considération pour décider s'il y a lieu ou non de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux.

Par ailleurs, l'al. 759(3)a) dispose qu'une cour d'appel peut admettre l'appel d'une déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux et déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler. Si une cour d'appel peut envisager la possibilité de déclarer qu'un délinquant est un délinquant à contrôler lorsqu'elle est saisie d'un appel, le juge qui détermine la peine doit être investi du même pouvoir lorsqu'il statue sur la demande initiale. Ce raisonnement étaye la conclusion selon laquelle le législateur n'a pas voulu que les dispositions relatives aux délinquants dangereux et celles concernant les délinquants à contrôler soient appliquées isolément les unes des autres. Le tribunal saisi d'une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux peut examiner l'opportunité de déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler.

(4) Conclusion

40 For the above reasons, the British Columbia Court of Appeal was correct to conclude that a sentencing judge must take into account the long-term offender provisions prior to declaring an offender dangerous and imposing an indeterminate sentence. If a sentencing judge is satisfied that the sentencing options available under the long-term offender provisions are sufficient to reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the sentencing judge cannot properly declare an offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence, even if all of the statutory criteria have been satisfied.

B. *Predicate Offences Committed Prior to the 1997 Amendments*

41 As a general matter, persons accused of criminal conduct are to be charged and sentenced under the criminal law provisions in place at the time that the offence allegedly was committed. The *Charter* aside, the four respondents convicted of offences committed prior to the 1997 amendments are properly sentenced under the former regime. However, s. 11(i) of the *Charter* provides that any person charged with an offence has the right “if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment”.

42 Under the former regime, a dangerous offender application results in one of two sentences: (i) a determinate sentence; or (ii) an indeterminate sentence. In those instances in which an offender would receive a determinate sentence, there is no lesser punishment that the offender might receive under the current regime. If the proper sentence under the former regime is a determinate sentence, the offender must receive a determinate sentence. But in each of the four cases where pre-1997 provisions were in issue, the sentencing judge concluded that the proper sentence was an indeterminate sentence.

(4) Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison de conclure que le tribunal doit prendre en considération les dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Le tribunal qui est convaincu que les sanctions prévues par les dispositions applicables aux délinquants à contrôler permettent d'abaisser à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental de qui que ce soit ne peut à bon droit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et lui infliger de ce fait une peine de détention d'une durée indéterminée, même lorsque sont réunies toutes les conditions légales pour le faire.

B. *Infraction sous-jacente perpétrée avant la réforme de 1997*

En règle générale, une personne inculpée d'un acte criminel doit être accusée et condamnée conformément aux dispositions pénales en vigueur au moment où aurait été commise l'infraction. Si l'on fait abstraction de la *Charte*, les quatre intimés reconnus coupables d'infractions perpétrées avant les modifications de 1997 ont été dûment condamnés sur le fondement de l'ancien régime. Toutefois, l'al. 11i) de la *Charte* dispose que tout inculpé a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence ».

Sous le régime des anciennes dispositions, la demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux donnait lieu à l'imposition d'une peine de détention d'une durée déterminée ou indéterminée. Le délinquant qui se serait vu infliger une peine d'une durée déterminée ne pourrait être condamné à une peine moins sévère dans le cadre du régime actuel. Si une peine de détention d'une durée déterminée était appropriée suivant les anciennes dispositions, le délinquant doit être condamné à une peine de détention d'une durée déterminée. Or, dans chacune des quatre affaires

The question that this appeal raises is whether it is possible that an offender properly sentenced to an indeterminate period of detention under the prior regime would receive a lesser punishment under the current regime.

As the Crown correctly observes, the statutory criteria that must be satisfied under the former s. 753 are precisely the same as the statutory criteria that must be satisfied under the current s. 753(1). The logical inference is that each offender who satisfies the criteria set out in s. 753 must also satisfy the criteria set out in s. 753(1). But it does not thereby follow that every person declared a dangerous offender and sentenced to an indeterminate period of detention under the former regime would continue to be declared a dangerous offender and sentenced to an indeterminate period of detention under the current regime.

As we have discussed, a sentencing judge should declare the offender dangerous and impose an indeterminate period of detention if, and only if, an indeterminate sentence is the least restrictive means by which to reduce the public threat posed by the offender to an acceptable level. The introduction of the long-term offender provisions expands the range of sentencing options available to a sentencing judge who is satisfied that the dangerous offender criteria have been met. Under the current regime, a sentencing judge is no longer faced with the stark choice between an indeterminate sentence and a determinate sentence. Rather, a sentencing judge may consider the additional possibility that a determinate sentence followed by a period of supervision in the community might adequately protect the public. The result is that some offenders who may have been declared dangerous under the former provisions could benefit from the long-term offender designation available under the current provisions.

It thus follows that the Court of Appeal was correct to conclude that the sentencing judges were

tranchées sous le régime des dispositions antérieures à 1997, le tribunal a conclu qu'il convenait d'imposer une peine de détention d'une durée indéterminée. La question que notre Cour doit trancher en l'espèce est de savoir si un délinquant régulièrement condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée en application des dispositions antérieures se verrait infliger une peine moins sévère sur le fondement des dispositions actuelles.

Comme le ministère public le fait observer à juste titre, les conditions qui devaient être réunies suivant l'ancien art. 753 sont précisément les mêmes que celles qui doivent être remplies en application de l'actuel par. 753(1). Cela implique donc que le délinquant qui remplit les conditions de l'art. 753 remplit également celles du par. 753(1). Il ne s'ensuit cependant pas que tout délinquant déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée en application de l'ancien régime le serait également dans le cadre du régime actuel.

Tel qu'il appert de notre analyse, le tribunal ne doit déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux et le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée que s'il s'agit du moyen le moins contraignant d'abaisser à un niveau acceptable le danger que constitue le délinquant pour le public. L'adoption des dispositions applicables aux délinquants à contrôler élargit la gamme des sanctions que le tribunal peut imposer lorsqu'il est convaincu que le délinquant remplit les conditions d'une déclaration de délinquant dangereux. Dans le cadre du régime actuel, le tribunal n'a plus à faire un choix difficile entre une peine d'une durée indéterminée et une peine d'une durée déterminée. Il peut également envisager la possibilité qu'une peine de détention d'une durée déterminée assortie d'une période de surveillance au sein de la collectivité puisse protéger adéquatement le public. Ainsi, certains délinquants déclarés dangereux en application des anciennes dispositions pourraient être déclarés délinquants à contrôler dans le cadre du régime actuel.

Il s'ensuit donc que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge chargé de la détermination

43

44

45

required to consider the applicability of the long-term offender provisions. If the respondent satisfies the long-term offender criteria and there is a reasonable possibility that the harm could be reduced to an acceptable level under the long-term offender provisions, the proper sentence, under the current regime, is not an indeterminate period of detention, but, rather, a determinate period of detention followed by a long-term supervision order. If this is the case, s. 11(i) of the *Charter* dictates that the respondent is entitled to be sentenced to a period of determinate detention followed by a long-term supervision order.

46

Importantly, this does not mean that the respondent will, in the end, be sentenced in accordance with the current regime. Under the prior regime, the first parole hearing took place three years after the offender was taken into custody. Under the current regime, an offender sentenced to an indeterminate term is not entitled to a first parole review until the expiration of seven years. If the sentencing judge is not satisfied that the long-term offender criteria have been met, or finds that a determinate sentence followed by a long-term supervision order would not reduce the threat of harm to an acceptable level, the respondent retain the benefit of the early parole hearing.

C. *The Availability of a Curative Proviso*

47

The final issue to be considered in this appeal is the Crown's submission that the Court should reinstate each of the dangerous offender designations on the basis that the sentencing judges' failure to consider the applicability of the long-term offender provisions resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice.

de la peine doit se pencher sur l'application éventuelle des dispositions relatives aux délinquants à contrôler. Lorsque le délinquant remplit les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant à contrôler et qu'il existe une possibilité réelle d'abaisser le risque de préjudice à un niveau acceptable en appliquant les dispositions pertinentes, dans le cadre du régime actuel, la peine appropriée n'est pas une peine de détention d'une durée indéterminée, mais bien une peine de détention d'une durée déterminée assortie d'une ordonnance de surveillance de longue durée. Le cas échéant, l'al. 11i) de la *Charte* prescrit que le délinquant doit être condamné à une peine de détention d'une durée déterminée suivie d'une surveillance de longue durée.

Il importe de préciser que, en fin de compte, l'intimé ne se verra pas pour autant infliger une peine en conformité avec les dispositions actuelles. Dans le cadre du régime antérieur, le délinquant ne pouvait présenter une demande de libération conditionnelle qu'après l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour de sa mise sous garde. Les dispositions actuellement en vigueur prévoient que le délinquant condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée n'est admissible à la libération conditionnelle qu'après l'expiration d'un délai de sept ans. Si le tribunal n'est pas convaincu que les conditions d'une déclaration de délinquant à contrôler sont réunies ou s'il conclut qu'une peine de détention d'une durée déterminée, suivie d'une surveillance de longue durée, n'aurait pas pour effet d'abaisser le risque de préjudice à un niveau acceptable, le délinquant demeure admissible à la libération conditionnelle après l'expiration du délai le plus court.

C. *L'applicabilité d'une disposition réparatrice*

La dernière question à trancher est de savoir si, comme le prétend le ministère public, notre Cour doit rétablir chacune des déclarations portant que les intimés sont des délinquants dangereux au motif que l'omission du tribunal d'envisager l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave.

Prior to the amendments, s. 759(3)(b) provided that a court of appeal could dismiss an appeal against a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period. The section now provides that a court of appeal may dismiss an appeal against a finding that an offender is a dangerous offender. Neither provision specifies the criteria that a court of appeal must consider. The Crown submits that the power is analogous to that provided for in s. 686(1)(b)(iii), which empowers a court of appeal to dismiss an appeal against a conviction on the basis that the trial court's error of law has resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice.

It is a reasonable assumption, in our view, that Parliament would not have intended that any error of law in the course of a dangerous offender application would necessitate a new hearing. As Prowse J.A. correctly concluded in the companion case, *R. v. Mitchell* (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2002 BCCA 48, at para. 63:

... it would defy common sense to presume that Parliament intended to preclude the court of appeal from dismissing an appeal where a sentencing judge makes a trivial or immaterial error in the course of dangerous or long-term offender proceedings. While the court of appeal is given the power to order a new hearing, it is not bound to do so simply because the appellant is able to point to an error on the part of the sentencing judge. Rather, the court must assess the nature and effect of the error to determine whether it justifies the substitution of a different sentence, a new hearing or a dismissal of the appeal.

But if a court of appeal has the power to dismiss an appeal against a declaration that an offender is dangerous on the basis that the error of law has resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice, that power may be exercised in only the rarest of circumstances. In *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617, the Court concluded that the curative proviso contained in s. 686(1)(b)(iii) is to be applied in only those circumstances in which there is no reasonable possibility that the verdict would have been any

Avant les modifications, l'al. 759(3)b prévoyait qu'une cour d'appel pouvait rejeter l'appel d'une condamnation à une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. La nouvelle disposition prévoit maintenant qu'une cour d'appel peut rejeter l'appel d'une déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux. Aucune des dispositions ne précise les critères que la cour d'appel doit prendre en considération. Le ministère public prétend que le pouvoir conféré s'apparente à celui qui découle du sous-al. 686(1)b(iii) et qui autorise une cour d'appel à rejeter l'appel d'une condamnation au motif que l'erreur de droit commise en première instance n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave.

À notre avis, il est raisonnable de supposer que le législateur n'a pu vouloir que toute erreur de droit commise dans l'instruction d'une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux rende nécessaire la tenue d'une nouvelle audience. Comme l'a conclu à juste titre la juge Prowse dans l'affaire connexe *R. c. Mitchell* (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2002 BCCA 48, par. 63 :

[TRADUCTION] . . . il serait contraire au bon sens de supposer que le législateur a voulu empêcher une cour d'appel de rejeter un appel lorsque le tribunal a commis une erreur négligeable ou sans importance dans l'instruction d'une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux ou un délinquant à contrôler. La cour d'appel peut ordonner la tenue d'une nouvelle audience, mais elle n'est pas tenue de le faire sur simple allégation d'une erreur commise par le tribunal. Elle doit plutôt déterminer la nature de l'erreur et évaluer son incidence afin de décider si elle justifie le prononcé d'une nouvelle condamnation, la tenue d'une nouvelle audience ou le rejet de l'appel.

Une cour d'appel peut certes rejeter l'appel d'une déclaration portant qu'un délinquant est dangereux pour le motif que l'erreur de droit n'a donné lieu à aucun tort important ni à aucune erreur judiciaire grave, mais elle ne peut le faire que très rarement. Dans *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617, notre Cour a conclu que la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)b(iii) ne s'applique qu'en l'absence d'une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait

different had the error of law not been made. The same high standard applies in the context of s. 759(3)(b).

50

Where the error of law consists of the sentencing judge's failure to consider the availability of the long-term offender provisions, it is in only the rarest of circumstances, if any, that there will be no reasonable possibility that the sentencing judge would have imposed a different sentence but for the error. The criteria set out in the long-term offender provisions are substantially different from the criteria set out in the dangerous offender provisions. Therefore, the evidence and arguments that are relevant under the long-term offender application are not precisely the same as the evidence and arguments that are relevant under the dangerous offender application. Absent a thorough inquiry into the suitability of the long-term offender provisions at the sentencing hearing, it will be difficult, if not impossible, for an appellate court to be satisfied that the sentencing options available pursuant to the long-term offender provisions would have been incapable of reducing the threat of harm to an acceptable level.

51

In the case presently before the Court, the record discloses insufficient evidence to conclude that there is no reasonable possibility that the respondent would have been declared a long-term offender if the sentencing judge had considered the long-term offender provisions when determining whether to declare him dangerous. In the absence of a full inquiry into the suitability of the long-term offender provisions, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the respondent is properly classified as a dangerous offender.

V. Disposition

52

In the result, the appeal is dismissed. We confirm the Court of Appeal's decision to order a new sentencing hearing in accordance with the foregoing principles.

pas été commise. La même norme stricte s'applique pour les besoins de l'al. 759(3)b).

Lorsque l'erreur de droit consiste dans l'omission du tribunal d'examiner l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il arrivera rarement, sinon jamais, qu'il n'y ait aucune possibilité raisonnable que la sentence eût été différente en l'absence de l'erreur. Les conditions que prévoient les dispositions applicables aux délinquants à contrôler diffèrent sensiblement de celles qu'établissent les dispositions applicables aux délinquants dangereux. Par conséquent, la preuve et l'argumentation susceptibles d'étayer une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant à contrôler ne sont pas exactement les mêmes que celles susceptibles d'étayer une demande de déclaration portant qu'un délinquant est un délinquant dangereux. À défaut d'un examen approfondi, lors de l'audience de la détermination de la peine, de l'opportunité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il sera difficile, voire impossible, pour une cour d'appel, d'être convaincue que les sanctions prévues par ces dispositions n'auraient pu abaisser le risque de préjudice à un seuil acceptable.

Dans la présente affaire, la preuve versée au dossier ne permet pas de conclure à l'absence d'une possibilité raisonnable que l'intimé eût été déclaré délinquant à contrôler si le tribunal avait pris en considération les dispositions pertinentes pour décider si l'intimé était ou non un délinquant dangereux. Faute d'un véritable examen de l'opportunité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il ne convient pas de rétablir la conclusion du tribunal selon laquelle l'intimé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

V. Dispositif

Le pourvoi est donc rejeté. Nous confirmons la décision de la Cour d'appel d'ordonner une nouvelle audience de détermination de la peine, qui devra être tenue conformément aux principes exposés précédemment.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ministry of Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gil D. McKinnon and James I. S. Sutherland, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Gil D. McKinnon et James I. S. Sutherland, Vancouver.

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

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

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Daniel George Edgar *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and Attorney
General of Alberta** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. EDGAR

Neutral citation: 2003 SCC 47.

File No.: 28946.

2003: January 16; 2003: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge should have considered long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — If so, whether sentencing judge's failure to do so constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

The accused was convicted of sexual assault and, at the sentencing hearing, was found to be a dangerous offender and sentenced to an indeterminate period of detention. The acts constituting the sexual assault occurred prior to the enactment in the *Criminal Code* of the long-term offender provisions. In finding the accused to be a dangerous offender, the sentencing judge held that the accused was not entitled to the benefit of the long-term offender provisions. The Court of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Daniel George Edgar *Intimé*

et

**Procureur général du Canada et procureur
général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. EDGAR

Référence neutre : 2003 CSC 47.

N° du greffe : 28946.

2003 : 16 janvier; 2003 : 26 septembre.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine aurait-il dû tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux? — Le cas échéant, est-ce que l'omission de le faire par le juge chargé de la détermination de la peine constitue une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(i).

L'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle et, à l'audience de détermination de la peine, il a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée. Les actes constituant l'agression sexuelle ont été perpétrés avant l'adoption dans le *Code criminel* des dispositions applicables aux délinquants à contrôler. Le juge chargé de la détermination de la peine, lorsqu'il a déclaré que l'accusé était un délinquant dangereux, a conclu que les

Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new sentencing hearing.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons set out in *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, the sentencing judge was required to consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring the accused a dangerous offender, even though the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions. In the absence of a full inquiry into the suitability of the long-term offender designation, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the accused is properly classified as a dangerous offender.

Cases Cited

Applied: *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46; **referred to:** *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48; *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49; *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50.

Statutes and Regulations Cited

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

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 158 C.C.C. (3d) 212, 159 B.C.A.C. 312, 259 W.A.C. 312, [2001] B.C.J. No. 2022 (QL), 2001 BCCA 457, reversing a decision of the Provincial Court. Appeal dismissed.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Beverly MacLean*, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., and *James I. S. Sutherland*, for the respondent.

Robert J. Frater and *David Schermbrucker*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Goran Tomljanovic, for the intervener the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This case, which was heard at the same time as *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, *R. v. Smith*, [2003] 2

dispositions relatives aux délinquants à contrôler ne pouvaient s'appliquer au bénéfice de l'accusé. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et a ordonné la tenue d'une nouvelle audience de détermination de la peine.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour les motifs énoncés dans *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, le juge chargé de la détermination de la peine devait examiner la possibilité de déclarer que le délinquant était un délinquant à contrôler avant de le déclarer dangereux, même si l'infraction sous-jacente avait été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions applicables aux délinquants à contrôler. Le juge n'ayant pas procédé à un véritable examen de l'opportunité de déclarer que l'accusé était un délinquant à contrôler, il n'y a pas lieu de rétablir sa conclusion selon laquelle l'accusé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46; **arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48; *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49; *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 158 C.C.C. (3d) 212, 159 B.C.A.C. 312, 259 W.A.C. 312, [2001] B.C.J. No. 2022 (QL), 2001 BCCA 457, qui a infirmé un jugement de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

William F. Ehrcke, c.r., et *Beverly MacLean*, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., et *James I. S. Sutherland*, pour l'intimé.

Robert J. Frater et *David Schermbrucker*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Goran Tomljanovic, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR — Le présent pourvoi, qui a été entendu en même temps que *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, R.

S.C.R. 392, 2003 SCC 48, *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49, and *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50, involves an appeal against a sentencing judge's decision to declare an offender dangerous and sentence him to an indeterminate period of detention. As in *Johnson*, *Mitchell* and *Smith*, the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, while the sentencing hearing took place after the long-term offender provisions came into force. The question that this appeal raises is whether the sentencing judge's failure to consider the possibility of a long-term offender designation constituted an error of law.

2

For the reasons set out in *Johnson*, the sentencing judge was required to consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring the offender dangerous, even though the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions. If an offender satisfies the criteria set out in the long-term offender provisions and the sentencing judge is satisfied that a determinate sentence followed by a long-term supervision order would reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the sentencing judge cannot properly declare the offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence.

3

In this case, the record discloses insufficient evidence to conclude that there is no reasonable possibility that the respondent would have been declared a long-term offender if the sentencing judge had considered the long-term offender provisions when determining whether to declare the offender dangerous. In the absence of a full inquiry into the suitability of the long-term offender designation, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the respondent is properly classified as a dangerous offender.

c. Smith, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48, *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49, et *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50, porte sur un appel de la décision du juge chargé de la détermination de la peine de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Tout comme dans *Johnson*, *Mitchell* et *Smith*, l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, applicables aux délinquants à contrôler, alors que l'audience de détermination de la peine a eu lieu après leur entrée en vigueur. La question en litige est de savoir si le juge a commis une erreur de droit en omettant d'envisager la possibilité d'une déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler.

Pour les motifs énoncés dans *Johnson*, le juge devait examiner la possibilité de déclarer que le délinquant était un délinquant à contrôler avant de le déclarer dangereux, même si l'infraction sous-jacente avait été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions applicables aux délinquants à contrôler. Lorsque le délinquant remplit les conditions que prévoient ces dispositions et que le juge est convaincu qu'une peine de détention d'une durée déterminée suivie d'une surveillance de longue durée abaisserait à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autrui, le juge ne peut à bon droit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et lui imposer une peine de détention d'une durée indéterminée.

En l'espèce, le dossier ne renferme pas suffisamment d'éléments de preuve permettant de conclure à l'absence d'une possibilité raisonnable que l'intimé eût été déclaré délinquant à contrôler si, pour statuer sur la demande de déclaration portant que l'intimé est un délinquant dangereux, le juge avait tenu compte des dispositions relatives aux délinquants à contrôler. Le juge n'ayant pas procédé à un véritable examen de l'opportunité de déclarer que l'intimé était un délinquant à contrôler, il n'y a pas lieu de rétablir sa conclusion selon laquelle l'intimé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

In the result, the appeal is dismissed. We confirm the Court of Appeal's decision to order a new sentencing hearing, to be determined in accordance with the principles set out in *Johnson*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ministry of Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gil D. McKinnon and James I. S. Sutherland, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Le pourvoi est donc rejeté. Nous confirmons la décision de la Cour d'appel d'ordonner une nouvelle audience de détermination de la peine, qui devra être tenue conformément aux principes exposés dans *Johnson*.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Gil D. McKinnon et James I. S. Sutherland, Vancouver.

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

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Stewart James Smith *Respondent*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SMITH

Neutral citation: 2003 SCC 48.

File No.: 29043.

2003: January 16; 2003: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge's conclusion that long-term offender provisions not available to person who satisfies dangerous offender criteria constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

In February 2000, the accused was found to be a dangerous offender and was sentenced to an indeterminate period of imprisonment. The predicate offence was committed prior to the 1997 enactment in the *Criminal Code* of the long-term offender provisions. The sentencing judge held that these provisions were not available to a person who satisfies the dangerous offender criteria. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new sentencing hearing.

Held: The appeal should be dismissed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Stewart James Smith *Intimé*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. SMITH

Référence neutre : 2003 CSC 48.

N° du greffe : 29043.

2003 : 16 janvier; 2003 : 26 septembre.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les dispositions relatives aux délinquants à contrôler ne peuvent s'appliquer au bénéfice d'un délinquant qui remplit les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(i).

En février 2000, l'accusé a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée. L'infraction sous-jacente a été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions du *Code criminel* applicables aux délinquants à contrôler. Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que ces dispositions ne pouvaient s'appliquer au bénéfice d'un délinquant qui remplit les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et a ordonné la tenue d'une nouvelle audience de détermination de la peine.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

For the reasons set out in *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, the sentencing judge was required to consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring the accused a dangerous offender, even though the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions. In the absence of a full inquiry into the suitability of a long-term offender designation, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the accused is properly classified as a dangerous offender.

Cases Cited

Applied: *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46; **referred to:** *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47; *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49; *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50.

Statutes and Regulations Cited

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

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [2001] B.C.J. No. 2627 (QL), 2001 BCCA 690, reversing a decision of the Provincial Court. Appeal dismissed.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Beverly MacLean*, for the appellant.

Joseph J. Blazina, for the respondent.

Robert J. Frater and *David Schermbrucker*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This case, which was heard at the same time as *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47, *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49, and *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50, involves an appeal against a sentencing judge's decision to declare an offender dangerous and sentence him to an indeterminate period of detention. As in *Johnson*, *Edgar* and *Mitchell*, the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The question that this appeal raises is

Pour les motifs énoncés dans *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, le juge chargé de la détermination de la peine devait examiner la possibilité de déclarer que le délinquant était un délinquant à contrôler avant de le déclarer dangereux, même si l'infraction sous-jacente avait été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions applicables aux délinquants à contrôler. Le juge n'ayant pas procédé à un véritable examen de l'opportunité de déclarer que l'accusé était un délinquant à contrôler, il n'y a pas lieu de rétablir sa conclusion selon laquelle l'accusé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46; **arrêts mentionnés :** *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47; *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49; *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [2001] B.C.J. No. 2627 (QL), 2001 BCCA 690, qui a infirmé un jugement de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

William F. Ehrcke, c.r., et *Beverly MacLean*, pour l'appelante.

Joseph J. Blazina, pour l'intimé.

Robert J. Frater et *David Schermbrucker*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR— Le présent pourvoi, qui a été entendu en même temps que *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47, *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49, et *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50, porte sur un appel de la décision du juge chargé de la détermination de la peine de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Tout comme dans *Johnson*, *Edgar* et *Mitchell*, l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions

whether the sentencing judge's conclusion that the long-term offender provisions are not available to a person who satisfies the dangerous offender criteria constituted an error of law.

2 For the reasons set out in *Johnson*, the sentencing judge was required to consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring the offender dangerous, even though the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions. If an offender satisfies the criteria set out in the long-term offender provisions and the sentencing judge is satisfied that a determinate sentence followed by a long-term supervision order would reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the sentencing judge cannot properly declare the offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence.

3 In this case, the record discloses insufficient evidence to conclude that there is no reasonable possibility that the respondent would have been declared a long-term offender if the sentencing judge had concluded that the long-term offender provisions were available. Having concluded that the long-term offender provisions are not available to a person who satisfies the dangerous offender criteria, the sentencing judge did not conduct a full inquiry into the suitability of a long-term offender designation. Absent such an inquiry, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the respondent is properly classified as a dangerous offender.

4 In the result, the appeal is dismissed. We confirm the Court of Appeal's decision to order a new sentencing hearing, to be determined in accordance with the principles set out in *Johnson*.

du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, applicables aux délinquants à contrôler. La question en litige est de savoir si le juge a commis une erreur de droit en concluant que les dispositions relatives aux délinquants à contrôler ne peuvent s'appliquer au bénéfice d'un délinquant qui remplit les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux.

Pour les motifs énoncés dans *Johnson*, le juge devait examiner la possibilité de déclarer que le délinquant était un délinquant à contrôler avant de le déclarer dangereux, même si l'infraction sous-jacente avait été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions applicables aux délinquants à contrôler. Lorsque le délinquant remplit les conditions que prévoient ces dispositions et que le juge est convaincu qu'une peine de détention d'une durée déterminée suivie d'une surveillance de longue durée abaisserait à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autrui, le juge ne peut à bon droit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et lui imposer une peine de détention d'une durée indéterminée.

En l'espèce, le dossier ne renferme pas suffisamment d'éléments de preuve permettant de conclure à l'absence d'une possibilité raisonnable que l'intimé eût été déclaré délinquant à contrôler si le juge avait conclu à l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler. Comme il a conclu que ces dispositions ne pouvaient s'appliquer au bénéfice d'un délinquant qui remplit les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux, le juge n'a pas procédé à un véritable examen de l'opportunité de déclarer que l'intimé était un délinquant à contrôler. À défaut d'un tel examen, il n'y a pas lieu de rétablir sa conclusion selon laquelle l'intimé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Le pourvoi est donc rejeté. Nous confirmons la décision de la Cour d'appel d'ordonner une nouvelle audience de détermination de la peine, qui devra être tenue conformément aux principes exposés dans *Johnson*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ministry of Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McCullough Parsons Blazina, Victoria.

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

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : McCullough Parsons Blazina, Victoria.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Steven Keith Mitchell *Respondent*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MITCHELL

Neutral citation: 2003 SCC 49.

File No.: 29083.

2003: January 16; 2003: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge should have considered long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — If so, whether sentencing judge's failure to do so constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

A sentencing judge found the accused to be a dangerous offender and sentenced him to an indeterminate period of imprisonment. The sentencing judge did not consider the new long-term offender provisions, which came into force after the predicate offence was committed. The majority of the Court of Appeal found that the sentencing judge's failure to consider these provisions constituted a serious error; it allowed the accused's appeal and ordered a new sentencing hearing.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Steven Keith Mitchell *Intimé*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. MITCHELL

Référence neutre : 2003 CSC 49.

N° du greffe : 29083.

2003 : 16 janvier; 2003 : 26 septembre.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine aurait-il dû tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux? — Le cas échéant, est-ce que l'omission de le faire par le juge chargé de la détermination de la peine constitue une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(i).

Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que l'accusé était un délinquant dangereux et l'a condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée. Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas tenu compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler, qui sont entrées en vigueur après la perpétration de l'infraction sous-jacente. La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que l'omission par le juge chargé de la détermination de la peine de tenir compte de ces dispositions constituait une erreur grave; elle a accueilli l'appel de l'accusé et a ordonné la tenue d'une nouvelle audience de détermination de la peine.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons set out in *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, the sentencing judge was required to consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring the accused a dangerous offender, even though the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions. In the absence of a full inquiry into the suitability of a long-term offender designation, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the accused is properly classified as a dangerous offender.

Cases Cited

Applied: *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46; **referred to:** *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47; *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48; *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50.

Statutes and Regulations Cited

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

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2 C.R. (6th) 385, 162 B.C.A.C. 247, 264 W.A.C. 247, [2002] B.C.J. No. 122 (QL), 2002 BCCA 48, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court, [1998] B.C.J. No. 2927 (QL). Appeal dismissed.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Beverly MacLean*, for the appellant.

Robert A. Mulligan, Q.C., for the respondent.

Robert J. Frater and *David Schermbrucker*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This case, which was heard at the same time as *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47, *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48, and *R. v. Kelly*, [2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50, involves an appeal against a sentencing judge's decision to declare an offender dangerous and sentence him to an indeterminate

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour les motifs énoncés dans *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, le juge chargé de la détermination de la peine devait examiner la possibilité de déclarer que le délinquant était un délinquant à contrôler avant de le déclarer dangereux, même si l'infraction sous-jacente avait été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions applicables aux délinquants à contrôler. Le juge n'ayant pas procédé à un véritable examen de l'opportunité de déclarer que l'accusé était un délinquant à contrôler, il n'y a pas lieu de rétablir sa conclusion selon laquelle l'accusé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46; **arrêts mentionnés :** *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47; *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48; *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 161 C.C.C. (3d) 508, 2 C.R. (6th) 385, 162 B.C.A.C. 247, 264 W.A.C. 247, [2002] B.C.J. No. 122 (QL), 2002 BCCA 48, qui a infirmé un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1998] B.C.J. No. 2927 (QL). Pourvoi rejeté.

William F. Ehrcke, c.r., et *Beverly MacLean*, pour l'appelante.

Robert A. Mulligan, c.r., pour l'intimé.

Robert J. Frater et *David Schermbrucker*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR — Le présent pourvoi, qui a été entendu en même temps que *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47, *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48, et *R. c. Kelly*, [2003] 2 R.C.S. 400, 2003 CSC 50, porte sur un appel de la décision du juge chargé de la détermination de la peine de déclarer que le délinquant est

period of detention. As in *Johnson, Edgar and Smith*, the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, while the sentencing hearing took place after the long-term offender provisions came into force. The question that this appeal raises is whether the sentencing judge's failure to consider the possibility of a long-term offender designation constituted an error of law.

2 For the reasons set out in *Johnson*, the sentencing judge was required to consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring the offender dangerous, even though the predicate offence was committed prior to the 1997 enactment of the long-term offender provisions. If an offender satisfies the criteria set out in the long-term offender provisions and the sentencing judge is satisfied that a determinate sentence followed by a long-term supervision order would reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the sentencing judge cannot properly declare the offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence.

3 In this case, the record discloses insufficient evidence to conclude that there is no reasonable possibility that the respondent would have been declared a long-term offender if the sentencing judge had considered the long-term offender provisions when determining whether to declare the offender dangerous. In the absence of a full inquiry into the suitability of a long-term offender designation, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the respondent is properly classified as a dangerous offender.

4 In the result, the appeal is dismissed. We confirm the Court of Appeal's decision to order a new sentencing hearing, to be determined in accordance with the principles set out in *Johnson*.

un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. Tout comme dans *Johnson, Edgar et Smith*, l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, applicables aux délinquants à contrôler, alors que l'audience de détermination de la peine a eu lieu après leur entrée en vigueur. La question en litige est de savoir si le juge a commis une erreur de droit en omettant d'envisager la possibilité d'une déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler.

Pour les motifs énoncés dans *Johnson*, le juge devait examiner la possibilité de déclarer que le délinquant était un délinquant à contrôler avant de le déclarer dangereux, même si l'infraction sous-jacente avait été perpétrée avant l'adoption, en 1997, des dispositions applicables aux délinquants à contrôler. Lorsque le délinquant remplit les conditions d'application de ces dispositions et que le juge est convaincu qu'une peine de détention d'une durée déterminée suivie d'une surveillance de longue durée abaisserait à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autrui, le juge ne peut à bon droit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et lui imposer une peine de détention d'une durée indéterminée.

En l'espèce, le dossier ne renferme pas suffisamment d'éléments de preuve permettant de conclure à l'absence d'une possibilité raisonnable que l'intimé eût été déclaré délinquant à contrôler si, pour statuer sur la demande de déclaration portant que l'intimé est un délinquant dangereux, le juge avait tenu compte des dispositions relatives aux délinquants à contrôler. Le juge n'ayant pas procédé à un véritable examen de l'opportunité de déclarer que l'intimé était un délinquant à contrôler, il n'y a pas lieu de rétablir sa conclusion selon laquelle l'intimé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Le pourvoi est donc rejeté. Nous confirmons la décision de la Cour d'appel d'ordonner une nouvelle audience de détermination de la peine, qui devra être tenue conformément aux principes exposés dans *Johnson*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ministry of Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Mulligan Tam Pearson, Victoria.

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

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Mulligan Tam Pearson, Victoria.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Michael Edward Kelly *Respondent*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. KELLY

Neutral citation: 2003 SCC 50.

File No.: 29140.

2003: January 16; 2003: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring after enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge's failure to consider possibility of long-term offender designation constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b).

The sentencing judge found the accused to be a dangerous offender and sentenced him to an indeterminate period of incarceration. The predicate offence occurred after the enactment in the *Criminal Code* of the long-term offender provisions, but the sentencing judge did not consider the applicability of these provisions. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new sentencing hearing.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons set out in *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, a sentencing judge must consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring an offender dangerous. In the absence

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Michael Edward Kelly *Intimé*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. KELLY

Référence neutre : 2003 CSC 50.

N° du greffe : 29140.

2003 : 16 janvier; 2003 : 26 septembre.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée après l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il commis une erreur de droit en omettant d'envisager la possibilité d'une déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)(b).

Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que l'accusé était un délinquant dangereux et l'a condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée. L'infraction sous-jacente a été perpétrée après l'adoption dans le *Code criminel* des dispositions relatives aux délinquants à contrôler, mais le juge chargé de la détermination de la peine ne s'est pas penché sur l'application éventuelle de ces dispositions. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et a ordonné la tenue d'une nouvelle audience de détermination de la peine.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour les motifs énoncés dans *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, le juge chargé de la détermination de la peine doit examiner la possibilité de déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler avant de

of a full inquiry into the suitability of the long-term offender provisions, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the accused is properly classified as a dangerous offender.

Cases Cited

Applied: *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46; **referred to:** *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47; *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48; *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2002), 163 B.C.A.C. 287, 267 W.A.C. 287, [2002] B.C.J. No. 352 (QL), 2002 BCCA 121, reversing a decision of the Provincial Court. Appeal dismissed.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Beverly MacLean*, for the appellant.

Jeffrey R. Ray and Letitia Sears, for the respondent.

Robert J. Frater and David Schermbrucker, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. — This case, which was heard at the same time as *R. v. Johnson*, [2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46, *R. v. Edgar*, [2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47, *R. v. Smith*, [2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48, and *R. v. Mitchell*, [2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49, involves an appeal against a sentencing judge's decision to declare an offender dangerous and sentence him to an indeterminate period of detention. The question that this appeal raises is whether the sentencing judge's failure to consider the possibility of a long-term offender designation constituted an error of law.

For the reasons set out in *Johnson*, a sentencing judge must consider the possibility of a long-term offender designation prior to declaring an offender dangerous. If an offender satisfies the criteria set out in the long-term offender provisions and the

le déclarer dangereux. Le juge n'ayant pas procédé à un véritable examen de l'opportunité d'appliquer les dispositions relatives aux délinquants à contrôler, il n'y a pas lieu de rétablir sa conclusion selon laquelle l'accusé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46; **arrêts mentionnés :** *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47; *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48; *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2002), 163 B.C.A.C. 287, 267 W.A.C. 287, [2002] B.C.J. No. 352 (QL), 2002 BCCA 121, qui a infirmé un jugement de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

William F. Ehrcke, c.r., et *Beverly MacLean*, pour l'appelante.

Jeffrey R. Ray et Letitia Sears, pour l'intimé.

Robert J. Frater et David Schermbrucker, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR — Le présent pourvoi, qui a été entendu en même temps que *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, *R. c. Edgar*, [2003] 2 R.C.S. 388, 2003 CSC 47, *R. c. Smith*, [2003] 2 R.C.S. 392, 2003 CSC 48, et *R. c. Mitchell*, [2003] 2 R.C.S. 396, 2003 CSC 49, porte sur un appel de la décision du juge chargé de la détermination de la peine de déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et de le condamner à une peine de détention d'une durée indéterminée. La question en litige est de savoir si le juge a commis une erreur de droit en omettant d'envisager la possibilité d'une déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler.

Pour les motifs énoncés dans *Johnson*, le juge doit examiner la possibilité de déclarer que le délinquant est un délinquant à contrôler avant de le déclarer dangereux. Lorsque le délinquant remplit les conditions que prévoient les dispositions applicables aux

sentencing judge is satisfied that a determinate sentence followed by a long-term supervision order would reduce the threat to the life, safety or physical or mental well-being of other persons to an acceptable level, the sentencing judge cannot properly declare the offender dangerous and thereupon impose an indeterminate sentence.

3 In this case, the record discloses insufficient evidence to conclude that there is no reasonable possibility that the respondent would have been declared a long-term offender if the sentencing judge had concluded that the long-term offender provisions were available. In the absence of a full inquiry into the suitability of the long-term offender provisions, it would be improper to reinstate the sentencing judge's finding that the respondent is properly classified as a dangerous offender.

4 In the result, the appeal is dismissed. We confirm the Court of Appeal's decision to order a new sentencing hearing, to be determined in accordance with the principles set out in *Johnson*.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ministry of Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Jeffrey R. Ray and Letitia Sears, New Westminster.

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

délinquants à contrôler et que le juge est convaincu qu'une peine de détention d'une durée déterminée suivie d'une surveillance de longue durée abaisserait à un niveau acceptable le risque pour la vie, la sécurité ou le bien-être physique ou mental d'autrui, le juge ne peut à bon droit déclarer que le délinquant est un délinquant dangereux et lui imposer une peine de détention d'une durée indéterminée.

En l'espèce, le dossier ne renferme pas suffisamment d'éléments de preuve permettant de conclure à l'absence d'une possibilité raisonnable que l'intimé eût été déclaré délinquant à contrôler si le juge avait conclu à l'applicabilité des dispositions relatives aux délinquants à contrôler. Le juge n'ayant pas procédé à un véritable examen de l'opportunité d'appliquer ces dispositions, il n'y a pas lieu de rétablir sa conclusion selon laquelle l'intimé est à juste titre qualifié de délinquant dangereux.

Le pourvoi est donc rejeté. Nous confirmons la décision de la Cour d'appel d'ordonner une nouvelle audience de détermination de la peine, qui devra être tenue conformément aux principes exposés dans *Johnson*.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Jeffrey R. Ray et Letitia Sears, New Westminster.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Canada, Ottawa.

o

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9

o

Available from:
Canadian Government Publishing
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente auprès de :
Les Éditions du gouvernement du Canada
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2003 Vol. 2

3^e cahier, 2003 Vol. 2

Cited as [2003] 2 S.C.R. 403-620

Renvoi [2003] 2 R.C.S. 403-620

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtié en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

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

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

E.D.G. v. Hammer.....459

Torts — Liability — Intentional torts — Sexual assault — Pupil sexually assaulted by school janitor — Whether school board liable for breach of fiduciary duty or breach of non-delegable duty — Whether trial judge properly apportioned damages between janitor and subsequent abusers.

K.L.B. v. British Columbia.....403

Torts — Liability — Intentional torts — Abuse of children by foster parents — Whether government can be held liable for harm children suffered in foster care — Whether government negligent — Whether government vicariously liable for torts of foster parents — Whether government liable for breach of non-delegable duty — Whether government liable for breach of fiduciary duty.

Limitation of actions — Torts — Intentional torts — Abuse of children by foster parents — Whether government can be held liable for harm children suffered in foster care — Whether tort actions barred by Limitation Act — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 3(2), 7(1)(a)(i).

Torts — Damages — Intentional torts — Abuse of children by foster parents — Whether government can be held liable for harm children suffered in foster care — Proper basis for assessing damages for child abuse by parent or foster parent.

M.B. v. British Columbia.....477

Torts — Liability — Intentional torts — Sexual assault — Foster child sexually assaulted by foster father — Whether government vicariously liable for sexual abuse — Whether government breached non-delegable duty.

Torts — Damages — Prejudgment interest — Intentional torts — Sexual assault — Foster child sexually assaulted by foster father — Whether government liable for sexual assault — Whether Court of Appeal erred in varying trial judge's assessment of damages — Whether trial judge correct in deducting social assistance benefits from award for loss of past opportunity to earn income — Whether Court of Appeal adopted proper approach in calculating prejudgment interest on award for loss of earning capacity — Whether Court of Appeal correct to reduce damage award.

Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin;

Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v.

Laseur.....504

Administrative law — Workers' Compensation Appeals Tribunal — Jurisdiction — Charter issues — Constitutional validity of provisions of Appeals Tribunal's enabling statute — Whether Appeals Tribunal has jurisdiction to apply Canadian Charter of Rights and Freedoms — Workers'

Continued on next page

SOMMAIRE

E.D.G. c. Hammer.....459

Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Élève agressée sexuellement par le concierge de l'école — Le conseil scolaire est-il responsable pour manquement à une obligation fiduciaire ou à une obligation intransmissible? — Le juge de première instance a-t-il réglé correctement la question de la répartition des dommages entre le concierge et les agresseurs subséquents?

K.L.B. c. Colombie-Britannique.....403

Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Délits intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il être tenu responsable du préjudice que des enfants ont subi en famille d'accueil? — L'État a-t-il été négligent? — L'État est-il responsable du fait d'autrui pour les délits civils commis par les parents de famille d'accueil? — L'État est-il responsable pour manquement à une obligation intransmissible? — L'État est-il responsable pour manquement à une obligation fiduciaire?

Prescription — Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il être tenu responsable du préjudice que des enfants ont subi en famille d'accueil? — Les actions en responsabilité délictuelle sont-elles prescrites par la Limitation Act? — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(2), 7(1)a)(i).

Responsabilité civile — Dommages-intérêts — Délits intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il être tenu responsable du préjudice que des enfants ont subi en famille d'accueil? — Critères à appliquer pour fixer le montant des dommages-intérêts à verser à un enfant pour les mauvais traitements que lui a infligés l'un de ses parents biologiques ou de famille d'accueil.

M.B. c. Colombie-Britannique.....477

Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant placée en famille d'accueil agressée sexuellement par son père d'accueil — L'État est-il responsable du fait d'autrui pour l'agression sexuelle? — L'État a-t-il manqué à une obligation intransmissible?

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Intérêt avant jugement — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant placée dans une famille d'accueil agressée sexuellement par son père d'accueil — L'État est-il responsable de l'agression sexuelle? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l'évaluation des dommages-intérêts faite par la juge de première instance? — La juge de première instance a-t-elle déduit à juste titre les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Workers' compensation legislation excluding chronic pain from purview of regular workers' compensation system and providing in lieu of benefits normally available to injured workers four-week functional restoration program beyond which no further benefits are available — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Constitutional issues — Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law — Appropriate test.

Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission).....585

Constitutional law — Division of powers — Indians — Forestry — Whether province can constitutionally confer on administrative tribunal power to determine questions of aboriginal rights and title as they arise in course of tribunal's duties — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96 — Constitution Act, 1982, s. 35.

Administrative law — Forest Appeals Commission — Jurisdiction — Aboriginal rights — Whether Forest Practices Code confers on Commission power to decide existence of aboriginal rights or title — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Constitutional issues — Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law — Appropriate test.

SOMMAIRE (Suite)

prestations d'aide sociale de l'indemnité accordée pour perte de la capacité de gagner un revenu dans le passé? — La Cour d'appel a-t-elle calculé comme il se doit l'intérêt avant jugement sur l'indemnité accordée pour perte de capacité de gain? — La Cour d'appel a-t-elle à juste titre réduit le montant des dommages-intérêts?

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur.....504

Droit administratif — Workers' Compensation Appeals Tribunal — Compétence — Questions relatives à la Charte — Constitutionnalité de certaines dispositions de la loi habilitante du tribunal d'appel — Le tribunal d'appel a-t-il compétence pour appliquer la Charte canadienne des droits et libertés? — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Loi sur l'indemnisation des accidentés du travail excluant la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail et remplaçant les prestations auxquelles ont normalement droit les accidentés du travail par un programme de rétablissement fonctionnel d'une durée de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible — La loi viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions de droit constitutionnel — Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel — Critère applicable.

Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission).....585

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Indiens — Ressources forestières — Une province peut-elle investir un tribunal administratif du pouvoir de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans l'accomplissement de sa mission? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit administratif — Forest Appeals Commission — Compétence — Droits ancestraux — Le Forest Practices

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Code habilite-t-il la commission à se prononcer sur l'existence d'un titre aborigène ou de droits ancestraux? — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions de droit constitutionnel — Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel — Critère applicable.

K.L.B., P.B., H.B. and V.E.R.B. Appellants

v.

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

and

**Attorney General of Canada, Nishnawbe
Aski Nation, Patrick Dennis Stewart, F.L.B.,
R.A.F., R.R.J., M.L.J., M.W., Victor Brown,
Benny Ryan Clappis, Danny Louie Daniels,
Robert Daniels, Charlotte (Wilson) Guest,
Daisy (Wilson) Hayman, Irene (Wilson) Starr,
Pearl (Wilson) Stelmacher, Frances Tait,
James Wilfrid White, Allan George Wilson,
Donna Wilson, John Hugh Wilson, Terry
Aleck, Gilbert Spinks, Ernie James and Ernie
Michell Interveners**

INDEXED AS: K.L.B. v. BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2003 SCC 51.

File No.: 28612.

2002: December 5, 6; 2003: October 2.

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

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

*Torts — Liability — Intentional torts — Abuse of
children by foster parents — Whether government can
be held liable for harm children suffered in foster care —
Whether government negligent — Whether government
vicariously liable for torts of foster parents — Whether
government liable for breach of non-delegable duty —
Whether government liable for breach of fiduciary duty.*

*Limitation of actions — Torts — Intentional torts —
Abuse of children by foster parents — Whether gov-
ernment can be held liable for harm children suf-
fered in foster care — Whether tort actions barred by*

K.L.B., P.B., H.B. et V.E.R.B. Appelants

c.

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

et

**Procureur général du Canada, Nation Aski
Nishnawbe, Patrick Dennis Stewart, F.L.B.,
R.A.F., R.R.J., M.L.J., M.W., Victor Brown,
Benny Ryan Clappis, Danny Louie Daniels,
Robert Daniels, Charlotte (Wilson) Guest,
Daisy (Wilson) Hayman, Irene (Wilson) Starr,
Pearl (Wilson) Stelmacher, Frances Tait,
James Wilfrid White, Allan George Wilson,
Donna Wilson, John Hugh Wilson, Terry
Aleck, Gilbert Spinks, Ernie James et Ernie
Michell Intervenants**

RÉPERTORIÉ : K.L.B. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence neutre : 2003 CSC 51.

N° du greffe : 28612.

2002 : 5, 6 décembre; 2003 : 2 octobre.

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

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

*Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Délits
intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements
par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il
être tenu responsable du préjudice que des enfants ont
subi en famille d'accueil? — L'État a-t-il été négligent? —
L'État est-il responsable du fait d'autrui pour les délits
civils commis par les parents de famille d'accueil? —
L'État est-il responsable pour manquement à une obli-
gation intransmissible? — L'État est-il responsable pour
manquement à une obligation fiduciaire?*

*Prescription — Responsabilité délictuelle — Délits
intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements
par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il
être tenu responsable du préjudice que des enfants ont*

Limitation Act — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 3(2), 7(1)(a)(i).

Torts — Damages — Intentional torts — Abuse of children by foster parents — Whether government can be held liable for harm children suffered in foster care — Proper basis for assessing damages for child abuse by parent or foster parent.

The appellants suffered abuse in two successive foster homes. In the second home the appellants were also exposed to inappropriate sexual behaviour by the older adopted sons. On one occasion, K. was sexually assaulted by one of these young men. The trial judge found that the government had failed to exercise reasonable care in arranging suitable placements for the children and in monitoring and supervising these placements. She also found that the children had suffered lasting damage as a result of their stays in the two homes. She rejected the defence that the tort actions were barred by the British Columbia *Limitation Act*. Consequently, in addition to allowing K.'s claim for sexual abuse, she found the government: (1) directly liable to all four children for its negligence in the placement and the supervision of the children and for breach of its fiduciary duty to the children; and (2) vicariously liable for the torts committed by the foster parents. However, the trial judge made low damage awards, on the ground that the children would in any case have had difficulties as adults because of the impoverished circumstances of their birth family. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal. All three judges found that the appellants' claims were statute-barred, with the exception of K.'s claim for sexual assault. In addition, all three judges overturned the ruling that the government had breached its fiduciary duty to the children. However, the majority upheld the trial judge's conclusion that the government was vicariously liable and in breach of a non-delegable duty of care in the placement and supervision of the children.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.: The

subi en famille d'accueil? — Les actions en responsabilité délictuelle sont-elles prescrites par la Limitation Act? — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(2), 7(1)(a)(i).

Responsabilité civile — Dommages-intérêts — Délits intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il être tenu responsable du préjudice que des enfants ont subi en famille d'accueil? — Critères à appliquer pour fixer le montant des dommages-intérêts à verser à un enfant pour les mauvais traitements que lui a infligés l'un de ses parents biologiques ou de famille d'accueil.

Les appelants ont subi des mauvais traitements dans deux familles d'accueil successives. Dans le second foyer, les appelants ont également été exposés à des comportements sexuels inappropriés de la part des fils adoptifs plus âgés. Une fois, l'un de ces jeunes hommes a agressé K. sexuellement. La juge de première instance a conclu que l'État n'avait fait preuve d'une diligence raisonnable ni dans ses démarches pour placer les enfants dans des familles d'accueil convenables, ni dans le contrôle et la surveillance de ces placements. De plus, selon elle, les enfants avaient subi des torts irréparables par suite de leur placement dans les deux foyers. La juge a rejeté le moyen de défense selon lequel les actions en responsabilité civile étaient prescrites par application de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. En conséquence, en plus d'accueillir l'action de K. pour agression sexuelle, elle a tenu l'État (1) directement responsable envers les quatre enfants pour sa négligence dans leur placement et leur surveillance et pour son manquement à son obligation fiduciaire envers eux; et (2) responsable du fait d'autrui pour les délits commis par les parents de famille d'accueil. La juge de première instance a toutefois accordé aux enfants des dommages-intérêts peu élevés au motif qu'ils auraient de toute façon connu des difficultés à l'âge adulte, vu le dénuement de leur famille naturelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'État. Les trois juges ont conclu à l'unanimité que les actions des appelants étaient prescrites, à l'exception de celle intentée par K. pour agression sexuelle. En outre, les trois juges ont infirmé la conclusion selon laquelle l'État avait manqué à son obligation fiduciaire envers les enfants. Les juges majoritaires ont néanmoins confirmé la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'État était responsable du fait d'autrui et avait manqué à son obligation intransmissible de diligence dans le placement et la surveillance des enfants.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps : L'État

government is liable to the appellants on the basis of direct negligence, subject to the defence of the limitation period. Both courts below held that the government had a duty under the *Protection of Children Act* to place children in adequate foster homes and to supervise their stay, and that this duty had been breached. These unchallenged findings are fully supported on the record. The trial judge proceeded on the basis that the standards of the time required: (1) proper assessment of the proposed foster parents and whether they could meet the children's needs; (2) discussion of the acceptable limits of discipline with the foster parents; and (3) frequent supervisory visits in view of the fact the foster homes were "overplaced" and had a documented history of breach. She found that the government negligently failed to meet this standard, and that this negligence was causally linked to the physical and sexual abuse suffered by the children and their later difficulties. It is clear from these conclusions that the government failed to put in place proper placement and supervision procedures, as required by the Act. The system of placement and supervision was faulty, permitting the abuse that contributed to the children's subsequent problems.

The case for extending vicarious liability to the relationship between governments and foster parents has not been established. To make out a successful claim for vicarious liability, plaintiffs must demonstrate first that the relationship between the tortfeasor and the person against whom liability is sought is sufficiently close as to make a claim for vicarious liability appropriate. In determining whether the tortfeasor was acting "on his own account" or acting on behalf of the employer, the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor. Other relevant factors include whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers and whether the worker has managerial responsibilities. These factors suggest that the government is not vicariously liable for wrongs committed by foster parents against the children entrusted to them. It is inherent in the nature of family-based care for children that foster parents are in important respects independent, and that the government cannot exercise sufficient control over their activities for them to be seen as acting "on account" of the government. Foster parents do not hold themselves out as government agents in their daily activities with their children, nor are they reasonably perceived as such. Foster families serve a public goal — the goal of giving children the experience of a family, so that they may develop into confident and

est responsable envers les appelants sur le fondement de la négligence directe, sous réserve du moyen de défense de la prescription. Les deux juridictions inférieures ont statué que la *Protection of Children Act* imposait à l'État l'obligation de placer les enfants dans des familles d'accueil convenables et de surveiller leur placement et que l'État avait manqué à cette obligation. Ces conclusions non contestées sont bien étayées par le dossier. La juge de première instance a orienté son analyse sur la nécessité, suivant les normes de l'époque, (1) d'évaluer correctement les parents d'accueil envisagés et d'apprécier leur capacité de répondre aux besoins des enfants; (2) de discuter avec eux des limites acceptables de la discipline à imposer; et (3) de visiter fréquemment les foyers d'accueil à des fins de surveillance, compte tenu qu'ils étaient surpeuplés et qu'ils avaient déjà été pris en faute dans le passé, selon ce qui figurait au dossier. Elle a estimé que l'État avait fait preuve de négligence en ne respectant pas cette norme, et que cette négligence avait un lien de causalité avec la violence physique et sexuelle dont les enfants avaient été victimes et avec les difficultés qu'ils avaient connues par la suite. Il ressort de ces conclusions que l'État ne s'est pas acquitté de l'obligation que lui imposait la loi d'établir des marches à suivre adéquates pour le placement et la surveillance. Le système de placement et de surveillance présentait des lacunes, ce qui a permis l'infliction de mauvais traitements qui ont contribué aux problèmes subséquents des enfants.

Le bien-fondé de l'élargissement de la responsabilité du fait d'autrui à la relation entre l'État et les parents de famille d'accueil n'a pas été démontré. Pour que leur action en responsabilité du fait d'autrui soit accueillie, les demandeurs doivent tout d'abord démontrer que la relation entre l'auteur du délit et la personne dont on cherche à retenir la responsabilité est suffisamment étroite pour que la responsabilité du fait d'autrui puisse être valablement invoquée. Pour déterminer si l'auteur du délit agissait « à son compte » ou au nom de l'employeur, il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur. Parmi les autres facteurs pertinents, on compte la question de savoir si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants et s'il a des responsabilités de gestion. Ces facteurs donnent à penser que l'État n'engage pas sa responsabilité du fait d'autrui pour les fautes commises par les parents de famille d'accueil à l'égard des enfants qui leur ont été confiés. Le fait que les parents de famille d'accueil soient indépendants à d'importants égards et que l'État ne puisse pas exercer suffisamment de contrôle sur leurs activités pour qu'ils soient considérés comme agissant « pour le compte » de l'État est inhérent à la nature de la prestation de soins aux enfants en milieu familial. Les parents de famille d'accueil ne se présentent pas comme des mandataires de

responsible members of society. However, they discharge this public goal in a highly independent manner, free from close government control.

The *Protection of Children Act* offers no basis for imposing on the Superintendent of Child Welfare a non-delegable duty to ensure that no harm comes to children through the abuse or negligence of foster parents. Nor did the government breach its fiduciary duty to the appellants. There is no evidence that the government put its own interests ahead of those of the children or committed acts that harmed the children in a way that amounted to betrayal of trust or disloyalty.

The Court of Appeal's conclusion that the appellants' claims were statute-barred should be upheld. The meetings between the appellants and various members of the government suggest that the appellants, by June of 1991 at the latest, had acquired sufficient awareness of the relevant facts to start the limitation period running. The appellants have not established disability as required by the Act.

Had the appellants been successful in their appeal, the trial judge's findings of fact and the factual inferences she drew from them on the appropriate quantum of damages would have been upheld. The trial judge's assessment of the evidence before her is a question of fact, which an appellate court cannot set aside absent palpable and overriding error.

Per Arbour J.: The majority's analysis as to direct negligence by the government was substantially agreed with. The appellants have also made out the elements of a successful claim of vicarious liability against the government for the abuse inflicted by their foster parents. The central question, when determining whether a relationship is close enough to justify the imposition of vicarious liability in the context of a non-profit enterprise, is whether the tortfeasor was acting on his or her own behalf or acting on behalf of the defendant. The relevant factors, properly weighed, indicate that foster parents do in fact act on behalf of the government when they care for foster children. The government has sufficient power of control over the foster parents' activities to justify finding vicarious liability. It is clear that the government, as the legal guardian of foster children and by the terms of the government's agreement with foster parents, maintains ongoing control, or at the very least an ongoing right of

l'État dans leurs activités quotidiennes avec les enfants, et on ne les perçoit pas non plus raisonnablement comme tels. Les familles d'accueil servent un objectif public — celui de permettre aux enfants de vivre l'expérience de la famille, de sorte qu'ils puissent devenir membres confiants et responsables de la société. Elles poursuivent toutefois cet objectif public de manière très indépendante, sans contrôle gouvernemental étroit.

Aucune disposition de la *Protection of Children Act* ne permet d'imputer au *Superintendent of Child Welfare* une obligation intransmissible de garantir que les enfants ne subiront aucun préjudice dû à la négligence des parents de famille d'accueil ou à des mauvais traitements qu'ils leur infligeraient. L'État n'a pas manqué non plus à son obligation fiduciaire envers les appelants. Rien n'indique que l'État ait fait passer ses propres intérêts avant ceux des enfants ou qu'il ait accompli des actes préjudiciables aux enfants qu'on pourrait assimiler à un bris de la relation de confiance ou à un manque de loyauté.

La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les demandes des appelants étaient prescrites doit être confirmée. Les rencontres entre les appelants et divers agents de l'État semblent indiquer que les appelants, dès juin 1991 au plus tard, avaient suffisamment connaissance des faits pertinents pour que le délai de prescription commence à courir. Les appelants n'ont pas établi l'incapacité au sens de la Loi.

Si le pourvoi des appelants avait été accueilli, les constatations de fait de la juge de première instance et les inférences qu'elle a tirées des faits quant au montant approprié de dommages-intérêts auraient été confirmées. Son évaluation de la preuve relevant de l'appréciation des faits, un tribunal d'appel ne peut pas l'annuler à moins d'erreur manifeste et dominante.

La juge Arbour : Il y a accord pour l'essentiel avec l'analyse des juges majoritaires concernant la négligence directe de l'État. Les appelants ont en outre établi le bien-fondé de leur demande contre l'État fondée sur la responsabilité du fait d'autrui pour les mauvais traitements que leur ont infligés leurs parents d'accueil. Pour déterminer si une relation est suffisamment étroite pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui dans le cas d'une entreprise sans but lucratif, il faut essentiellement se demander si l'auteur du délit agissait en son nom ou au nom du défendeur. Appréciés comme il se doit, les facteurs pertinents révèlent que les parents d'accueil agissent effectivement au nom de l'État lorsqu'ils prennent soin des enfants qu'on leur a confiés. L'État jouit d'un pouvoir de contrôle suffisant sur les activités des parents de famille d'accueil pour que lui soit imputée la responsabilité du fait d'autrui. Il est clair qu'à titre de tuteur légal des enfants placés en famille d'accueil

control, over the care of children living in foster homes. While foster parents do control the organization and management of their household to the extent permitted by government standards, the government does indeed supervise via the social workers, and may interfere to a significant degree, precisely to ensure that the child's needs are being met. A secondary factor indicating that foster parents act on behalf of the government is the perception that children have of who in fact is ultimately responsible for their well-being. It is clear that the relationship between foster parents and foster children is a more transient relationship than the usual parent/child relationship. Where children stay successively in a number of homes for relatively short periods, the government may — through assigned social workers — remain the only steady authority figure for foster children. In such circumstances, foster parents may well be perceived as acting on behalf of the government by the foster children, and by the larger community. A useful indicator of whether the relationship between government and foster parents is sufficiently close to justify vicarious liability is whether the imposition of vicarious liability could in fact deter harm to children. The evidence reveals that as the government becomes aware of risks to children in foster care, it can respond, and has responded, by imposing rules and restrictions on how foster parents exercise their authority. These measures often involve continuing control over foster parents' activities and yet they need not undermine foster parents' relationships with foster children or deny foster children the experience of a real family. Rather, they reflect the reality that children in foster care remain the responsibility of the government, which is their legal guardian.

The wrongful act at issue here was sufficiently connected to the tortfeasor's assigned tasks for vicarious liability to be imposed. It is clear that the foster care arrangement reflects the highest possible degrees of power, trust, and intimacy. The relationship does more than merely provide an opportunity for child abuse; it materially increases the risk that foster parents will abuse. As well, the policy goals that justify vicarious liability, namely just compensation and deterrence of future harm, are served by finding vicarious liability in the present circumstances. However, as vicarious liability is a form of tort liability, the claim is statute-barred, for

et suivant les modalités dont il a convenu avec les parents d'accueil, l'État conserve un contrôle permanent — ou à tout le moins un droit de contrôle permanent — sur les soins donnés aux enfants hébergés dans ces foyers. Quoique les parents de famille d'accueil exercent effectivement un contrôle sur l'organisation et la gestion de leur foyer dans la mesure permise par les normes gouvernementales, l'État exerce bel et bien une surveillance par l'entremise des travailleurs sociaux, et il peut intervenir dans une large mesure, précisément pour s'assurer que les besoins de l'enfant sont comblés. Un deuxième facteur milite en faveur de la thèse voulant que les parents de famille d'accueil agissent au nom de l'État : la personne que les enfants perçoivent comme responsable de leur bien-être en bout de ligne. Il est manifeste que la relation qu'entretiennent les parents de famille d'accueil avec les enfants confiés à leur garde est plus passagère que l'habituelle relation parent/enfant. Pour les enfants qui vont de foyer d'accueil en foyer d'accueil pour des périodes relativement courtes, l'État peut — en la personne des travailleurs sociaux désignés — représenter la seule figure d'autorité qui soit constante. En pareil cas, il se peut fort bien que les parents de famille d'accueil soient perçus, tant par les enfants qui leur sont confiés que par l'ensemble de la collectivité, comme agissant au nom de l'État. Pour déterminer si la relation entre l'État et les parents de famille d'accueil est suffisamment étroite pour engager la responsabilité du fait d'autrui, il est utile de se demander si l'imputation de cette responsabilité pourrait en réalité prévenir l'infliction de sévices aux enfants. La preuve révèle que plus l'État est conscient des risques auxquels les enfants en foyer d'accueil sont exposés, plus il est en mesure d'y réagir, ce qu'il a fait, en imposant des règles et des restrictions quant à la manière dont les parents d'accueil exercent leur autorité. Ces mesures exigent souvent un contrôle continu sur les activités des parents de famille d'accueil, sans pour autant miner inévitablement les relations entre parents et enfants de famille d'accueil, ni même priver ces enfants de l'expérience d'une vraie famille. Elles reflètent plutôt la réalité voulant que les enfants placés en famille d'accueil demeurent sous la responsabilité de l'État, leur tuteur légal.

L'acte fautif était suffisamment lié aux tâches assignées à l'auteur du délit pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. Il est clair que le placement en famille d'accueil est un régime où l'on retrouve le plus haut degré possible de pouvoir, de confiance et d'intimité. La relation qui se noue au sein d'une famille d'accueil fait plus que simplement donner l'occasion d'agresser un enfant; elle accroît sensiblement le risque d'abus par les parents d'accueil. L'imputation de la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce sert les principes directeurs qui la sous-tendent, à savoir la juste indemnisation et la dissuasion. Toutefois, la responsabilité du

the reasons set out by the majority. As a result, it is unnecessary to decide issues related to damages.

The appellants cannot succeed in their claims for breach of non-delegable duty and breach of fiduciary duty, substantially for the reasons given by the majority.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Distinguished: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, aff'g (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1; *Lister v. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215; **referred to:** *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53; *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Challand v. Bell* (1959), 18 D.L.R. (2d) 150; *Ali v. Sydney Mitchell & Co.*, [1980] A.C. 198; *Durham v. Public School Board of Township School Area of North Oxford* (1960), 23 D.L.R. (2d) 711; *McKay v. Board of Govan School Unit No. 29 of Saskatchewan*, [1968] S.C.R. 589; *Myers v. Peel County Board of Education*, [1981] 2 S.C.R. 21; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983, 2001 SCC 59; *Cassidy v. Ministry of Health*, [1951] 2 K.B. 343; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Emery v. Emery*, 289 P.2d 218 (1955); *Evans v. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (1990); *M. (M.) v. F. (R.)* (1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127; *C. (P.) v. C. (R.)* (1994), 114 D.L.R. (4th) 151; *J. (L.A.) v. J. (H.)* (1993), 13 O.R. (3d) 306; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802.

By Arbour J.

Distinguished: *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; **referred to:** *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983, 2001 SCC 59; *Yewens v. Noakes* (1880), 6 Q.B.D. 530.

fait d'autrui étant une forme de responsabilité délictuelle, cette demande est prescrite pour les motifs exposés par la majorité. Il est donc inutile de se prononcer sur les questions liées aux dommages-intérêts.

Les appelants ne peuvent avoir gain de cause en ce qui concerne leurs demandes fondées sur le manquement à une obligation intransmissible et le manquement à une obligation fiduciaire, essentiellement pour les motifs exposés par la majorité.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Distinction d'avec les arrêts: *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, conf. (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1; *Lister c. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215; **arrêts mentionnés:** *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53; *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Challand c. Bell* (1959), 18 D.L.R. (2d) 150; *Ali c. Sydney Mitchell & Co.*, [1980] A.C. 198; *Durham c. Public School Board of Township School Area of North Oxford* (1960), 23 D.L.R. (2d) 711; *McKay c. Board of Govan School Unit No. 29 of Saskatchewan*, [1968] R.C.S. 589; *Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983, 2001 CSC 59; *Cassidy v. Ministry of Health*, [1951] 2 K.B. 343; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Emery c. Emery*, 289 P.2d 218 (1955); *Evans c. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (1990); *M. (M.) v. F. (R.)* (1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127; *C. (P.) c. C. (R.)* (1994), 114 D.L.R. (4th) 151; *J. (L.A.) c. J. (H.)* (1993), 13 O.R. (3d) 306; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802.

Citée par la juge Arbour

Distinction d'avec l'arrêt: *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés:** *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983, 2001 CSC 59; *Yewens c. Noakes* (1880), 6 Q.B.D. 530.

Statutes and Regulations Cited

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 3(2), 7(1)(a), (9).

Protection of Children Act, R.S.B.C. 1960, c. 303, ss. 8(5), (12), 10(1), 14, 15(1), (3).

Authors Cited

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.

British Columbia. Ministry for Children and Families; B.C. Federation of Foster Parent Associations. *Foster Family Handbook*, 3rd ed. Victoria: The Ministry, 2001.

British Columbia. Ministry of Children and Family Development. *Standards for Foster Homes*. Victoria: The Ministry, 2001.

British Columbia. Ministry of Children and Family Development; B.C. Federation of Foster Parent Associations. B.C. Foster Care Education Program. *Program Schedule and Registration Guide*, Fall 2002.

Flannigan, Robert. "Enterprise control: The servant-independent contractor distinction" (1987), 37 *U.T.L.J.* 25.

Meagher, Gummow and Lehane's *Equity, Doctrines and Remedies*, 4th ed. by R. P. Meagher, J. D. Heydon and M. J. Leeming. Australia: Butterworths Lexis Nexis, 2002.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 197 D.L.R. (4th) 431 (*sub nom. B. (K.L.) v. British Columbia*), [2001] 5 W.W.R. 47, 151 B.C.A.C. 52, 87 B.C.L.R. (3d) 52, 249 W.A.C. 52, 4 C.C.L.T. (3d) 225, [2001] B.C.J. No. 584 (QL), 2001 BCCA 221, affirming in part a decision of the British Columbia Supreme Court, [1998] 10 W.W.R. 348, 51 B.C.L.R. (3d) 1, 41 C.C.L.T. (2d) 107, [1998] B.C.J. No. 470 (QL). Appeal dismissed.

Gail M. Dickson, Q.C., Megan R. Ellis, Karen E. Jamieson and Cristen L. Gleeson, for the appellants.

John J. L. Hunter, Q.C., Douglas J. Eastwood and Kim Knapp, for the respondent.

David Sgayias, Q.C., and Kay Young, for the intervener the Attorney General of Canada.

Lois et règlements cités

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(2), 7(1)(a), (9).

Protection of Children Act, R.S.B.C. 1960, ch. 303, art. 8(5), (12), 10(1), 14, 15(1), (3).

Doctrine citée

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London : Butterworths, 1967.

British Columbia. Ministry for Children and Families; B.C. Federation of Foster Parent Associations. *Foster Family Handbook*, 3rd ed. Victoria : The Ministry, 2001.

British Columbia. Ministry of Children and Family Development. *Standards for Foster Homes*. Victoria : The Ministry, 2001.

British Columbia. Ministry of Children and Family Development; B.C. Federation of Foster Parent Associations. B.C. Foster Care Education Program. *Program Schedule and Registration Guide*, Fall 2002.

Flannigan, Robert. « Enterprise control : The servant-independent contractor distinction » (1987), 37 *U.T.L.J.* 25.

Meagher, Gummow and Lehane's *Equity, Doctrines and Remedies*, 4th ed. by R. P. Meagher, J. D. Heydon and M. J. Leeming. Australia : Butterworths Lexis Nexis, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 197 D.L.R. (4th) 431 (*sub nom. B. (K.L.) c. British Columbia*), [2001] 5 W.W.R. 47, 151 B.C.A.C. 52, 87 B.C.L.R. (3d) 52, 249 W.A.C. 52, 4 C.C.L.T. (3d) 225, [2001] B.C.J. No. 584 (QL), 2001 BCCA 221, qui a confirmé en partie une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1998] 10 W.W.R. 348, 51 B.C.L.R. (3d) 1, 41 C.C.L.T. (2d) 107, [1998] B.C.J. No. 470 (QL). Pourvoi rejeté.

Gail M. Dickson, c.r., Megan R. Ellis, Karen E. Jamieson et Cristen L. Gleeson, pour les appelants.

John J. L. Hunter, c.r., Douglas J. Eastwood et Kim Knapp, pour l'intimée.

David Sgayias, c.r., et Kay Young, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Susan M. Vella and Elizabeth K. P. Grace, for the interveners the Nishnawbe Aski Nation.

David Paterson and Diane Soroka, for the interveners Patrick Dennis Stewart et al.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — This appeal raises the question of whether, and on what grounds, the government can be held liable for the tortious conduct of foster parents toward children whom the government has placed under their care. The appeal was heard together with *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53, and *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52, which raise many of the same issues.

I. Background

2 The appellants, K.L.B., P.B., H.B. and V.E.R.B., are siblings. Prior to placement in foster care, they lived in extreme poverty. Although their mother, in the trial judge's words, "was resilient, resourceful and loved the children" ((1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1, at para. 2), their father was an alcoholic and frequently violent toward their mother. After an incident in 1966, she brought the two elder boys to social services and requested an emergency placement. Shortly after this, the two younger children were apprehended as well. All four children were placed in the same foster home, the Pleasance home. Later, the children were placed in a second foster home, the Hart home. Placement was not fought by either parent. Their mother felt it would be better for them. She was confident they would be placed in a stable, nurturing home.

3 The children suffered abuse in both foster homes. Instead of being treated as family members and shown love and trust, they were subjected to harsh and arbitrary disciplinary measures. They were blamed for things they did not do,

Susan M. Vella et Elizabeth K. P. Grace, pour l'intervenante la Nation Aski Nishnawbe.

David Paterson et Diane Soroka, pour les intervenants Patrick Dennis Stewart et autres.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps rendu par

LA JUGE EN CHEF — Il s'agit en l'espèce de savoir sur quels fondements l'État pourrait, le cas échéant, être tenu responsable de la conduite délicate de parents de famille d'accueil envers les enfants que l'État leur a confiés. Le pourvoi a été entendu conjointement avec les affaires *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53, et *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52, qui soulèvent beaucoup de questions identiques.

I. Les faits

Les appellants K.L.B., P.B., H.B. et V.E.R.B. sont frères et sœurs. Avant leur placement en famille d'accueil, ils vivaient dans une pauvreté extrême. Bien que, de l'avis de la juge de première instance, leur mère ait été [TRADUCTION] « forte, ingénieuse et aimante » ((1998) 51 B.C.L.R. (3d) 1, par. 2), leur père alcoolique était souvent violent envers leur mère. À la suite d'un incident survenu en 1966, elle s'est présentée au bureau des services sociaux avec ses deux garçons aînés en demandant qu'ils soient placés d'urgence en famille d'accueil. Peu de temps après, les deux plus jeunes enfants ont été appréhendés eux aussi. Les quatre enfants ont été placés dans la même famille d'accueil, celle des Pleasance. Plus tard, ils ont été placés dans une autre famille d'accueil, celle des Hart. Ni leur père ni leur mère ne se sont opposés à leur placement. Leur mère estimait que cette solution vaudrait mieux pour eux. Elle était persuadée qu'ils seraient placés dans un foyer stable où on prendrait soin d'eux.

Les enfants ont subi des mauvais traitements dans chacune de ces familles d'accueil. Au lieu d'être considérés comme des membres de la famille à qui on témoigne de l'amour et de la confiance, ils étaient soumis à des mesures disciplinaires sévères

humiliated in front of each other, and made to feel worthless.

Prior to placing the children in the Pleasance home, Ministry social workers had interviewed Mrs. Pleasance. They judged her to be cooperative and caring. Her file, however, contained a 1959 report stating that she was dishonest and insincere about what went on in her home. It also contained repeated warnings from subsequent years that placements should only be made in her home on a short-term basis. The social workers disregarded these warnings because they believed it was most important to keep children from the same family together and the Pleasance home was one of the few homes that would take all of them. The Pleasances normally took on up to eight foster children, four times what was regarded as the ideal number. The children did not tell anyone about the abuse. Because social workers assumed they would be unhappy in any type of foster home, their unhappiness was not probed. Social workers visited the home only infrequently, sometimes not for several months, because of personnel shortages.

The social workers did, however, continue their search for a more permanent placement for the children, and eventually they were moved to the Hart home. This home, too, was overplaced; but again, social workers did not want to separate the children. Because there was no exchange of records between offices at the time, the Ministry social workers did not know that the Harts had been rejected for further foster placement in Alberta out of concern that they had drugged a child in their care. Nor did they know that when living in Dawson Creek, B.C., the Harts had their foster children removed after Mrs. Hart had hit a foster child with a knife. The social workers met with the Harts and were favourably impressed. They did not read the little file information they had on the Harts prior to making the

et arbitraires. On leur faisait porter le blâme pour des actes qu'ils n'avaient pas commis, on les humiliait en présence les uns des autres et on leur faisait sentir qu'ils ne valaient rien.

Avant de placer les enfants chez les Pleasance, les travailleurs sociaux du ministère avaient interviewé M^{me} Pleasance. Ils l'ont jugée coopérative et bienveillante. Cependant, son dossier contenait un rapport daté de 1959 faisant état d'un manque d'honnêteté et de sincérité de sa part à propos de ce qui se passait chez elle. Il contenait également de nombreuses mises en garde, faites au cours des années subséquentes, suivant lesquelles on ne devait lui confier des enfants qu'à court terme. Les travailleurs sociaux n'ont pas tenu compte de ces mises en garde parce qu'ils estimaient de la plus haute importance que les enfants issus d'une même famille demeurent ensemble et que la famille Pleasance était l'une des rares qui les accepteraient tous. Les Pleasance hébergeaient habituellement jusqu'à huit enfants, soit quatre fois le nombre d'enfants jugé idéal. Les enfants n'ont révélé à personne les mauvais traitements qui leur étaient infligés. Les travailleurs sociaux, tenant pour acquis que les enfants seraient malheureux peu importe le type de famille d'accueil, n'ont jamais cherché à connaître la cause de leur malheur. Leurs visites au domicile des Pleasance se faisaient plutôt rares — parfois à des intervalles de plusieurs mois — en raison du manque de personnel.

Les travailleurs sociaux ont toutefois continué à chercher un foyer d'accueil plus permanent pour les enfants, qui ont finalement été confiés aux Hart. La famille Hart hébergeait elle aussi un nombre trop élevé d'enfants; mais, encore une fois, les travailleurs sociaux n'ont pas voulu séparer les enfants. Comme, à l'époque, les bureaux ne se communiquaient pas les dossiers entre eux, les travailleurs sociaux du ministère n'ont jamais su que les Hart étaient désormais inadmissibles comme famille d'accueil en Alberta, car on pensait qu'ils avaient drogué un enfant qui leur avait été confié. Les travailleurs sociaux ignoraient également que, lorsqu'ils vivaient à Dawson Creek (C.-B.), les Hart s'étaient fait retirer la garde des enfants placés chez eux après que M^{me} Hart eut frappé l'un deux avec

placement and they did not ask the Harts about their history as foster parents. They assumed the home was a good one because the Harts had several adopted sons. When a social worker finally read the Hart file, she concluded the placement was “iffy”; but on the assumption that it was only short term, she decided not to alter the placement.

6

The abuse and humiliation continued at the Hart home. The children were also exposed to inappropriate sexual behaviour by the Harts’ older adopted sons. On one occasion, K. was sexually assaulted by one of these young men. The children said nothing to their mother. After the first six weeks, social workers assumed all was well and stopped their regular visits. Finally, on a visit with their mother, the children blurted out that Mrs. Hart had beaten K. with an electric cord, and that he had welts from the beating. Upon discovery of this, social workers removed all four children from the Hart home.

7

At trial, Dillon J. found that the government had failed to exercise reasonable care in arranging suitable placements for the children and in monitoring and supervising these placements. She also found that the children suffered lasting damage as a result of their stays in the two homes. She rejected the defence that the tort actions were barred by the British Columbia *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266. Consequently, in addition to allowing K.’s claim for sexual abuse, she found the government directly liable to all four children for its negligence in the placement and the supervision of the children and for breach of its fiduciary duty to the children; and she found it vicariously liable for the torts committed by the foster parents (including both their physical and their sexual abuse). However, Dillon J. made low damage awards, on the grounds that the children would in any case have had difficulties as adults

un couteau. Les travailleurs sociaux ont rencontré les Hart, qui leur ont fait bonne impression. Ils n’ont pas pris connaissance des maigres renseignements figurant au dossier des Hart avant de leur confier les enfants et ils ne les ont pas interrogés sur leur expérience en tant que parents de famille d’accueil. Ils ont tenu pour acquis qu’il s’agissait d’une bonne famille parce que les Hart avaient plusieurs fils adoptifs. Lorsqu’une travailleuse sociale a finalement lu le dossier des Hart, elle a conclu que le placement était [TRADUCTION] « douteux »; toutefois, présumant qu’il s’agissait d’un placement à court terme, elle a décidé de n’y rien changer.

Au domicile des Hart, les mauvais traitements et les humiliations se sont poursuivis. Les fils adoptifs plus âgés des Hart les ont également exposés à des comportements sexuels inappropriés. Une fois, l’un de ces jeunes hommes a agressé K. sexuellement. Les enfants n’en ont rien dit à leur mère. Après les six premières semaines, les travailleurs sociaux ont présumé que tout allait bien et ils ont cessé leurs visites régulières. Finalement, à l’occasion d’une visite chez leur mère, les enfants ont laissé échapper que M^{me} Hart avait battu K. avec un cordon électrique, laissant ainsi des marques sur son corps. À la suite de cette révélation, les travailleurs sociaux ont retiré les quatre enfants du domicile des Hart.

En première instance, la juge Dillon a conclu que l’État n’avait fait preuve d’une diligence raisonnable ni dans ses démarches pour placer les enfants dans une famille d’accueil convenable, ni dans le contrôle et la surveillance de ces placements. De plus, selon elle, les enfants avaient subi des torts irréparables par suite de leur placement dans ces deux foyers d’accueil. La juge a rejeté le moyen de défense selon lequel les actions en responsabilité civile délictuelle étaient prescrites par application de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 266. En conséquence, en plus d’accueillir l’action de K. pour agression sexuelle, elle a tenu l’État directement responsable envers les quatre enfants de sa négligence dans leur placement et leur surveillance, ainsi que de son manquement à son obligation fiduciaire envers eux; elle a de plus conclu que l’État devait être tenu responsable du fait d’autrui pour les délits commis par les parents de

because of the impoverished circumstances of their birth family.

The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal ((2001), 87 B.C.L.R. (3d) 52, 2001 BCCA 221). All three judges found that the appellants' claims were statute-barred, with the exception of K.'s claim for sexual assault. In addition, all three judges overturned the ruling that the government had breached its fiduciary duty to the children. However, Mackenzie and Prowse J.J.A. upheld the trial judge's conclusion that the government was vicariously liable and in breach of a non-delegable duty of care in the placement and supervision of the children. McEachern C.J.B.C. held that liability could not be grounded on either of these headings.

II. Issues

The appellants appeal to this Court on three issues: first, whether their claims are statute-barred; second, whether the Court of Appeal erred in failing to find a breach of fiduciary duty; and third, whether the trial judge erred in her approach to damages. The Crown has not cross-appealed the Court of Appeal's holdings on the issues of vicarious liability and breach of a non-delegable duty. However, because these doctrines are at issue in the companion cases of *M.B. v. British Columbia*, *supra*, and *E.D.G. v. Hammer*, *supra*, and because it is desirable to develop the doctrines of negligence, vicarious liability, non-delegable duty and fiduciary duty in a coordinated and systematic way, all of the doctrines will be discussed here.

The questions to be dealt with are therefore:

famille d'accueil (incluant les actes de violence physique et sexuelle). La juge Dillon a toutefois accordé aux enfants des dommages-intérêts peu élevés au motif qu'ils auraient de toute façon connu des difficultés à l'âge adulte, vu le dénuement de leur famille naturelle.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par l'État ((2001), 87 B.C.L.R. (3d) 52, 2001 BCCA 221). Les trois juges ont conclu à l'unanimité que les actions des appelants étaient prescrites, à l'exception de celle intentée par K. pour agression sexuelle. En outre, les trois juges ont infirmé la conclusion selon laquelle l'État avait manqué à son obligation fiduciaire envers les enfants. Les juges Mackenzie et Prowse ont néanmoins confirmé la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'État était responsable du fait d'autrui et avait manqué à son obligation intransmissible de diligence dans le placement et la surveillance des enfants. Le juge en chef McEachern a estimé que l'État ne pouvait être tenu responsable sous aucun de ces deux chefs.

II. Questions en litige

Les appelants se pourvoient devant notre Cour relativement à trois questions : Premièrement, leurs actions sont-elles prescrites? Deuxièmement, la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas à un manquement à une obligation fiduciaire? Troisièmement, la juge de première instance a-t-elle commis une erreur dans son évaluation des dommages-intérêts? L'État n'a pas déposé de pourvoi incident quant aux conclusions de la Cour d'appel sur les questions de la responsabilité du fait d'autrui et du manquement à une obligation intransmissible. Cependant, comme ces doctrines sont en litige dans les affaires connexes *M.B. c. Colombie-Britannique*, précitée, et *E.D.G. c. Hammer*, précitée, et comme il est souhaitable de développer de façon cohérente et systématique les doctrines de la négligence, de la responsabilité du fait d'autrui, de l'obligation intransmissible et de l'obligation fiduciaire, je les analyserai toutes dans les présents motifs.

Nous sommes donc saisis des questions suivantes :

8

9

10

- | | |
|---|---|
| (1) Is there any legal basis on which the government could be held liable for the harm that the appellants suffered in foster care? | (1) Sur quel fondement juridique l'État pourrait-il, le cas échéant, être tenu responsable du préjudice que les appelants ont subi en famille d'accueil? |
| (2) Are the appellants' tort actions barred by the <i>Limitation Act</i> ? | (2) Les actions en responsabilité civile délictuelle intentées par les appelants sont-elles prescrites par application de la <i>Limitation Act</i> ? |
| (3) What is the proper basis for assessing damages for child abuse by a parent or foster parent, and did the trial judge err in her assessment? | (3) Quels sont les critères à appliquer pour fixer le montant des dommages-intérêts à verser à un enfant pour les mauvais traitements que lui a infligés l'un de ses parents biologiques ou de famille d'accueil et la juge de première instance a-t-elle commis une erreur en le fixant? |

III. Analysis

A. *Is There Any Legal Basis on Which the Government Could Be Held Liable for the Harm That the Appellants Suffered in Foster Care?*

11 Three grounds of government liability were canvassed by the trial judge, and a fourth added by the Court of Appeal: (1) direct negligence by the government; (2) vicarious liability of the government for the tortious conduct of the foster parents; (3) breach of non-delegable duty by the government; and (4) breach of fiduciary duty by the government.

1. Direct Negligence by the Government

12 This ground of liability requires a finding that the government itself was negligent. Direct negligence, when applied to legal persons such as bodies created by statute, turns on the wrongful actions of those who can be treated as the principal organs of that legal person. Both courts below held that the government had a duty under the *Protection of Children Act*, R.S.B.C. 1960, c. 303, to place children in adequate foster homes and to supervise their stay, and that this duty had been breached.

13 These unchallenged findings are fully supported on the record. Before turning to this, however, it is worth noting that the private nature of the abuse may

III. Analyse

A. *Sur quel fondement juridique l'État pourrait-il, le cas échéant, être tenu responsable du préjudice que les appelants ont subi en famille d'accueil?*

La juge de première instance a examiné trois fondements sur lesquels peut reposer la responsabilité de l'État, auxquels la Cour d'appel en a ajouté un quatrième : (1) la négligence directe de l'État; (2) la responsabilité du fait d'autrui de l'État pour la conduite délictueuse des parents de famille d'accueil; (3) le manquement de l'État à une obligation intransmissible; (4) le manquement de l'État à une obligation fiduciaire.

1. La négligence directe de l'État

Pour fonder la responsabilité sur ce motif, il faut conclure à la négligence de l'État même. Appliquée à des personnes morales telles que des organismes créés par une loi, la négligence directe est liée aux actes fautifs des personnes qui peuvent être considérées comme les principaux organes de cette personne morale. Les deux juridictions inférieures ont statué que la *Protection of Children Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 303, imposait à l'État l'obligation de placer les enfants dans des familles d'accueil convenables et de surveiller leur placement et que l'État avait manqué à cette obligation.

Ces conclusions non contestées sont bien étayées par le dossier. Avant de les examiner, je tiens à souligner que le caractère privé des mauvais traitements

heighten the difficulty of proving the abuse and its connection to the government's conduct in placement and supervision. As in other areas of negligence law, judges should assess causation using what Sopinka J., citing Lord Bridge in *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.), at p. 569, referred to as a "robust and pragmatic approach" (*Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at p. 330). As Sopinka J. emphasized, "[c]ausation need not be determined [with] scientific precision" (*Snell*, at p. 328). A common sense approach sensitive to the realities of the situation suffices.

Turning first to the duty of care, the Act stipulates, in s. 8(12), that the Superintendent of Child Welfare must make such arrangements for the placement of a child in a foster home "as will best meet the needs of the child". (The relevant legislative provisions are reproduced in the Appendix.) This imposes a high standard of care. In most contexts, the law of negligence requires reasonable care, not perfection: *Challand v. Bell* (1959), 18 D.L.R. (2d) 150 (Alta. S.C.); *Ali v. Sydney Mitchell & Co.*, [1980] A.C. 198 (H.L.). In the case of those exercising a form of control over a child comparable to that of a parent, however, the law imposes a heightened degree of attentiveness. The "careful parent test" imposes the standard of a prudent parent solicitous for the welfare of his or her child (*Durham v. Public School Board of Township School Area of North Oxford* (1960), 23 D.L.R. (2d) 711 (Ont. C.A.), at p. 717; *McKay v. Board of Govan School Unit No. 29 of Saskatchewan*, [1968] S.C.R. 589; *Myers v. Peel County Board of Education*, [1981] 2 S.C.R. 21). This is the test that governs the placement and supervision of children in foster care under the *Protection of Children Act*. It does not make the government a guarantor against all harm. But it holds it responsible for harm sustained by children in foster care, when, judged by the standards of the day, it was reasonably foreseeable that the government's conduct would expose these children to harm of the sort that they sustained.

infligés peut accroître la difficulté d'en prouver l'existence, et d'établir leur lien avec la conduite de l'État quant au placement et à la surveillance des enfants en famille d'accueil. Comme dans d'autres contextes d'application du droit de la négligence, les juges doivent apprécier la causalité de « façon décisive et pragmatique », pour reprendre les propos du juge Sopinka citant lord Bridge dans *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.), p. 569 (*Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, p. 330). Comme il l'a lui-même souligné, « [l]a causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique » (*Snell*, p. 328). Il suffit d'une approche dictée par le bon sens qui tienne compte de la réalité.

En ce qui concerne tout d'abord l'obligation de diligence, la Loi prévoit, au par. 8(12), que le Superintendent of Child Welfare (le « surintendant ») doit prendre les mesures voulues pour placer l'enfant dans la famille d'accueil [TRADUCTION] « qui répondra le mieux possible aux besoins de l'enfant ». (Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites dans l'annexe.) Cette disposition établit une norme de diligence élevée. Dans la plupart des contextes, le droit de la négligence exige une diligence raisonnable et non la perfection : *Challand c. Bell* (1959), 18 D.L.R. (2d) 150 (C.S. Alb.); *Ali c. Sidney Mitchell & Co.*, [1980] A.C. 198 (H.L.). Cependant, ceux qui exercent sur les enfants une forme de contrôle qui s'apparente à celui des parents sont tenus par la loi à un degré d'attention accru. Le [TRADUCTION] « critère du parent diligent » impose comme norme celle du parent prudent soucieux du bien-être de son enfant (*Durham c. Public School Board of Township School Area of North Oxford* (1960), 23 D.L.R. (2d) 711 (C.A. Ont.), p. 717; *McKay c. Board of Govan School Unit No. 29 of Saskatchewan*, [1968] R.C.S. 589; *Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21). C'est ce critère qui régit le placement et la surveillance des enfants en famille d'accueil sous le régime de la *Protection of Children Act*. L'État ne se trouve pas pour autant garant contre tout préjudice qui pourrait leur être causé. Mais il est responsable de tout préjudice que subissent les enfants en famille d'accueil lorsqu'il était raisonnablement prévisible, suivant les normes de l'époque en cause, que sa conduite exposerait ces enfants au type de préjudice qu'ils ont subi.

- 15 It is reasonably foreseeable that some people, if left in charge of children in difficult or overcrowded circumstances, will use excessive physical and verbal discipline. It is also reasonably foreseeable that some people will take advantage of the complete dependence of children in their care, and will sexually abuse them. To lessen the likelihood that either form of abuse will occur, the government must set up adequate procedures to screen prospective foster parents. And it must monitor homes so that any abuse that does occur can be promptly detected.
- 16 This appeal and the appeals in the two companion cases stand to be judged by the standards of the day for placement and supervision, in other words the standard of a prudent parent at that time. The standards prevailing in the 1960s and early 1970s were lower than those of today, because there was less awareness of the risk of abuse in foster homes. The trial judge did not apply today's standards, but proceeded on the basis that the standards of the time required proper assessment of the proposed foster parents and whether they could meet the children's needs; discussion of the acceptable limits of discipline with the foster parents; and frequent supervisory visits in view of the fact the foster homes were "overplaced" and had a documented history of breach. She found that the government negligently failed to meet this standard (para. 74), and that this negligence was causally linked to the physical and sexual abuse suffered by the children and their later difficulties (para. 143). It is clear from these conclusions that the government failed to put in place proper placement and supervision procedures, as required by the Act. The system of placement and supervision was faulty, permitting the abuse that contributed to the children's subsequent problems.
- Il est raisonnablement prévisible que certaines personnes à qui on confie des enfants dans des situations difficiles ou en trop grand nombre auront recours à une discipline physique et verbale excessive. Il est aussi raisonnablement prévisible que certaines personnes profiteront de l'entière dépendance des enfants qui leur sont confiés pour les agresser sexuellement. Pour diminuer la probabilité de la survenance de l'une ou l'autre de ces formes de violence, l'État doit établir des marches à suivre adéquates pour la sélection des parents de famille d'accueil envisagés. Il doit aussi surveiller les familles d'accueil afin de détecter rapidement toute forme de violence qui s'y produit.
- Le présent pourvoi ainsi que les deux pourvois connexes doivent être tranchés à la lumière des normes de l'époque en cause en matière de placement et de surveillance, soit selon la définition de la norme du parent prudent au moment opportun. Les normes qui s'appliquaient dans les années 60 et au début des années 70 étaient moins élevées qu'aujourd'hui, car on était alors moins sensibilisé au risque de mauvais traitements dans les familles d'accueil. La juge de première instance n'a pas appliqué les normes d'aujourd'hui, orientant plutôt son analyse sur la nécessité, suivant les normes de l'époque, d'évaluer correctement les parents d'accueil envisagés et d'apprécier leur capacité de répondre aux besoins des enfants; de discuter avec eux des limites acceptables de la discipline à imposer; et de visiter fréquemment les foyers d'accueil à des fins de surveillance, compte tenu qu'ils étaient surpeuplés et qu'ils avaient déjà été pris en faute dans le passé, selon ce qui figurait au dossier. Elle a estimé que l'État avait fait preuve de négligence en ne respectant pas cette norme (par. 74) et que cette négligence avait un lien de causalité avec la violence physique et sexuelle dont les enfants avaient été victimes et avec les difficultés qu'ils avaient connues par la suite (par. 143). Il ressort de ces conclusions que l'État ne s'est pas acquitté de l'obligation que lui imposait la loi d'établir des marches à suivre adéquates pour le placement et la surveillance. Le système de placement et de surveillance présentait des lacunes, ce qui a permis l'infliction de mauvais traitements qui ont contribué aux problèmes subséquents des enfants.

It follows that the government is liable to the appellants on the basis of direct negligence, subject to the defence of the limitation period, discussed below.

2. Vicarious Liability of the Government for the Torts of Foster Parents

Direct liability in negligence law requires tortious conduct by the person held liable, in this case, the government. The doctrine of vicarious liability, by contrast, does not require tortious conduct by the person held liable. Rather, liability is imposed on the theory that the person may properly be held responsible where the risks inherent in his or her enterprise materialize and cause harm, provided that liability is both fair and useful: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570.

To make out a successful claim for vicarious liability, plaintiffs must demonstrate at least two things. First, they must show that the relationship between the tortfeasor and the person against whom liability is sought is sufficiently close as to make a claim for vicarious liability appropriate. This was the issue in *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983, 2001 SCC 59, where the defendant argued that the tortfeasor was an independent contractor rather than an employee, and hence was not sufficiently connected to the employer to ground a claim for vicarious liability. Second, plaintiffs must demonstrate that the tort is sufficiently connected to the tortfeasor's assigned tasks that the tort can be regarded as a materialization of the risks created by the enterprise. This was the issue in *Bazley, supra*, which concerned whether sexual assaults on children by employees of a residential care institution were sufficiently closely connected to the enterprise to justify imposing vicarious liability. These two issues are of course related. A tort will only be sufficiently connected to an enterprise to constitute a materialization of the risks introduced by it if

Il s'ensuit que l'État est responsable envers les appelants sur le fondement de la négligence directe, sous réserve du moyen de défense de la prescription que nous aborderons plus loin.

2. La responsabilité du fait d'autrui de l'État pour les délits commis par les parents de famille d'accueil

Il ne peut y avoir de responsabilité directe selon le droit de la négligence qu'en présence d'une conduite délictueuse de la part de la personne tenue responsable, en l'occurrence l'État. En revanche, suivant la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui, une personne peut être tenue responsable même en l'absence d'une conduite délictueuse de sa part. Sa responsabilité tient plutôt au raisonnement suivant lequel il est approprié de lui imputer la responsabilité des risques inhérents à son entreprise qui se matérialisent et qui causent un préjudice, à condition qu'il soit équitable et utile de la lui imputer : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570.

Pour que leur action en responsabilité du fait d'autrui soit accueillie, les demandeurs doivent établir au moins deux éléments. Ils doivent tout d'abord démontrer que la relation entre l'auteur du délit et la personne dont on cherche à retenir la responsabilité est suffisamment étroite pour que la responsabilité du fait d'autrui puisse être valablement invoquée. C'est ce dont il était question dans l'arrêt *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983, 2001 CSC 59, où la défenderesse a fait valoir que, parce qu'il était un entrepreneur indépendant plutôt qu'un employé, l'auteur du délit n'entretenait pas une relation suffisamment étroite avec l'employeur pour fonder une action en responsabilité du fait d'autrui. Les demandeurs doivent ensuite établir que le délit se rapporte suffisamment aux tâches assignées à son auteur pour être considéré comme la matérialisation des risques créés par l'entreprise. C'était la question soulevée dans *Bazley, précité*, où il s'agissait de savoir si les agressions sexuelles commises contre des enfants par des employés d'un établissement de soins pour bénéficiaires internes comportaient un lien suffisamment étroit avec l'entreprise pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui.

17

18

19

the tortfeasor is sufficiently closely related to the employer.

20

Whether vicarious liability can fairly be imposed in the case at bar depends on the first of these issues — that is, on whether the relationship between the foster parent tortfeasors and the government is sufficiently close. The relationship that most commonly attracts vicarious liability is that of employer/employee. Imposing vicarious liability in the context of an employer/employee relationship will often serve both of the policy goals outlined in *Bazley*: fair and effective compensation and deterrence of future harm. As I noted in *Bazley*, when an employer creates a risk and that risk materializes and causes injury, “it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss” (para. 31). And assigning responsibility to an employer for an employee’s tort will often have a deterrent effect, because “[e]mployers are often in a position to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision” (para. 32). By contrast, imposing vicarious liability in the context of an employer/independent contractor relationship will not generally satisfy these two policy goals. Compensation will not be fair where the organization fixed with responsibility for the tort is too remote from the tortfeasor for the latter to be acting on behalf of it: in such a case, the tort cannot reasonably be regarded as a materialization of the organization’s own risks. And vicarious liability will have no deterrent effect where the tortfeasor is too independent for the organization to be able to take any measures to prevent such conduct. Hence, the relationship of employer to independent contractor does not generally give rise to vicarious liability (subject to certain exceptions: see P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at p. 327).

De toute évidence, ces deux questions sont liées. Un délit ne sera suffisamment lié à une entreprise pour être considéré comme la matérialisation des risques créés par celle-ci que si la relation entre l’auteur du délit et l’employeur est suffisamment étroite.

La question de savoir si la responsabilité du fait d’autrui peut être imputée à juste titre en l’espèce est tributaire du premier de ces éléments — savoir si la relation qui existe entre l’État et les parents d’accueil, auteurs du délit, est suffisamment étroite. C’est la relation employeur/employé qui donne le plus souvent naissance à la responsabilité du fait d’autrui. L’imputation de la responsabilité du fait d’autrui dans le cadre d’une relation employeur/employé servira souvent les deux objectifs de politique générale exposés dans l’arrêt *Bazley* : une indemnisation juste et efficace, ainsi que la dissuasion. Comme je l’ai fait remarquer dans *Bazley*, lorsqu’un employeur crée un risque et que ce risque se matérialise et cause un préjudice, « il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l’organisme qui a créé l’entreprise et, en conséquence, le risque » (par. 31). De plus, tenir un employeur responsable du délit commis par un employé aura souvent un effet dissuasif, car « [l]’employeur est souvent en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d’une organisation et d’une supervision efficaces » (par. 32). En revanche, l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui dans le cadre d’une relation employeur/entrepreneur indépendant ne satisfera généralement pas à ces deux objectifs de politique générale. L’indemnisation ne s’avèrera pas équitable si l’organisme dont la responsabilité est engagée pour le délit n’a pas de lien assez étroit avec l’auteur du délit pour que celui-ci agisse en son nom : en pareil cas, on ne peut raisonnablement considérer le délit comme la matérialisation des risques propres à l’organisme. Qui plus est, la responsabilité du fait d’autrui ne comportera aucun effet dissuasif si l’auteur du délit jouit d’une trop grande indépendance pour que l’organisme puisse prendre quelque mesure que ce soit afin d’empêcher une telle conduite. La relation qui existe entre l’employeur et l’entrepreneur indépendant n’emporte donc généralement pas la responsabilité du fait d’autrui (sous réserve de certaines exceptions : voir P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), p. 327).

In *Sagaz, supra*, this Court considered the appropriate test for determining whether a tortfeasor is to be considered an employee or an independent contractor for the purposes of vicarious liability. The Court held that the existence of a contract referring to the parties as employer and independent contractor is not determinative (para. 49). The inquiry is rather a functional one: “what must always occur is a search for the total relationship of the parties” (para. 46). In *Sagaz*, the Court held that the “central question” in this functional inquiry “is whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account” (para. 47). This way of putting the question reflects the type of enterprise that *Sagaz* was concerned with — namely, a for-profit enterprise. In the case at bar, we are concerned with a non-profit enterprise: the government-administered foster care system. In this context, the focus of the inquiry will be simply on whether the tortfeasor was acting “on his own account” or acting on behalf of the employer.

Which factors are relevant in making this determination? As the Court held in *Sagaz*, “the level of control the employer has over the worker’s activities will always be a factor” (para. 47). This is related to the obvious fact that it would be unjust to impose vicarious liability for a tort committed in pursuit of the tortfeasor’s own private purposes, or for tortious conduct that could not have been influenced or prevented by the person held vicariously liable (*Sagaz*, at para. 34). Control is not, however, the sole consideration. Workers can have considerable independence and yet still act on behalf of their employer. Many skilled professionals, for instance, perform specialized work that is far beyond the abilities of their employers to supervise; and yet they may reasonably be perceived as acting “on account of” these employers. Control is simply one indication of whether a worker is acting on behalf of his or her employer; it is not, in itself, determinative of whether vicarious liability is appropriate. Other relevant factors include, as the Court noted in *Sagaz*, “whether the worker provides his or her own equipment”, “whether the worker hires his or her own

Dans *Sagaz*, précité, notre Cour a examiné le critère qu’il convenait d’appliquer afin de déterminer si l’auteur du délit devait être considéré comme un employé ou comme un entrepreneur indépendant pour l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui. La Cour a conclu que l’existence d’un contrat désignant les parties comme un employeur et un entrepreneur indépendant n’était pas déterminante (par. 49). L’analyse est plutôt de nature fonctionnelle : « il faut toujours déterminer quelle relation globale les parties entretiennent entre elles » (par. 46). Dans l’arrêt *Sagaz*, la Cour a estimé que la « question centrale » de cette analyse fonctionnelle « est de savoir si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte » (par. 47). Cette formulation reflète le type d’entreprise dont il était question dans l’arrêt *Sagaz*, c’est-à-dire une entreprise à but lucratif. Nous sommes saisis en l’espèce du cas d’une entreprise sans but lucratif : le système de familles d’accueil qu’administre l’État. Dans ce contexte, l’analyse consistera simplement à savoir si l’auteur du délit agissait « à son compte » ou au nom de l’employeur.

Quels sont les facteurs pertinents à cet égard? Comme la Cour l’a dit dans *Sagaz*, « il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l’employeur exerce sur les activités du travailleur » (par. 47). Cela s’explique par le fait qu’il serait manifestement injuste de tenir une personne responsable du fait d’autrui pour un délit commis par ses auteurs à des fins personnelles, ou encore pour une conduite délictueuse qu’elle n’aurait pas pu contrôler ou empêcher (*Sagaz*, par. 34). Le degré de contrôle ne constitue cependant pas l’unique facteur à considérer. Les travailleurs peuvent jouir d’une grande indépendance et pourtant agir au nom de leur employeur. Par exemple, de nombreux travailleurs qualifiés exécutent des tâches spécialisées qui vont bien au-delà de ce que leur employeur est en mesure de superviser; et ils peuvent pourtant être raisonnablement considérés comme agissant « pour le compte de » leur employeur. Le contrôle ne constitue qu’un indice pour savoir si un travailleur agit au nom de son employeur; il ne s’agit pas en soi d’un facteur déterminant de la responsabilité du fait d’autrui. Parmi les autres facteurs pertinents

helpers” and whether the worker has managerial responsibilities (para. 47).

23

These factors suggest that the government is not vicariously liable for wrongs committed by foster parents against the children entrusted to them. Foster families serve a public goal — the goal of giving children the experience of a family, so that they may develop into confident and responsible members of society. However, they discharge this public goal in a highly independent manner, free from close government control. Foster parents provide care in their own homes. They use their own “equipment”, to use the language of *Sagaz*. While they do not necessarily “hire” their own helpers, they are responsible for determining who will interact with the children and when. They have complete control over the organization and management of their household; they alone are responsible for running their home. The government does not supervise or interfere, except to ensure that the child and the foster parents meet regularly with their social workers, and to remove the child if his or her needs are not met.

24

The independence of the foster family is essential to the government’s goal of providing family care. If foster parents had to check with the state before making ordinary day-to-day decisions, they not only would be less effective as parents, but would be unable to deliver the spontaneous, loving responses and guidance that the children need. Foster families must be left to arrange their own family routine, in their own way. They must deal with day-to-day challenges and problems by working them out within the family, and by sharing responsibility for doing this, demonstrating to foster children that it is possible to resolve difficulties by working together. Moreover, foster children must know that their foster parents have this responsibility. Only in this way can foster children come to understand that authority figures can be loving and consistent and worthy of trust.

qu’a relevés la Cour dans l’arrêt *Sagaz*, on compte la question de savoir « si le travailleur fournit son propre outillage », « s’il engage lui-même ses assistants » et s’il a des responsabilités de gestion (par. 47).

Ces facteurs donnent à penser que l’État n’engage pas sa responsabilité du fait d’autrui pour les fautes commises par les parents de famille d’accueil envers les enfants qui leur ont été confiés. Les familles d’accueil servent un objectif public — celui de permettre aux enfants de vivre l’expérience de la famille, de sorte qu’ils puissent devenir des membres confiants et responsables de la société. Elles poursuivent toutefois cet objectif public de manière très indépendante, sans contrôle gouvernemental étroit. Les parents de famille d’accueil prodiguent les soins dans leur propre demeure. Ils se servent de leur propre « outillage », pour reprendre les termes employés dans *Sagaz*. Bien qu’ils n’« engagent » pas nécessairement leurs propres assistants, ils sont chargés de décider qui interagira avec les enfants et quand. Ils exercent le plein contrôle sur l’organisation et la gestion de la maison; eux seuls sont responsables de son fonctionnement. L’État n’exerce aucune surveillance ni n’intervient à cet égard, sauf pour s’assurer que l’enfant et les parents de famille d’accueil rencontrent régulièrement leurs travailleurs sociaux et pour retirer l’enfant de la famille si ses besoins ne sont pas comblés.

L’indépendance de la famille d’accueil est essentielle à l’objectif de l’État en matière de placement en milieu familial. Si les parents de famille d’accueil devaient consulter l’État avant de prendre des décisions ordinaires de tous les jours, non seulement ils seraient moins efficaces en tant que parents, mais ils ne pourraient s’occuper des enfants et les guider avec la spontanéité et l’amour dont ils ont besoin. On doit laisser aux familles d’accueil le soin d’établir leur propre routine familiale comme elles l’entendent. Elles doivent relever les défis et régler les problèmes quotidiens au sein même de la famille, en partageant la responsabilité, pour montrer aux enfants confiés à leurs soins qu’il est possible de résoudre des difficultés en travaillant ensemble. En outre, les enfants placés en famille d’accueil doivent savoir que cette responsabilité incombe à leurs

Foster parents cannot function as loving and consistent authority figures unless they have some authority to exercise. Hence, while foster parents act in furtherance of a public purpose, they must operate independently of day-to-day state control if they are to meet the goals of foster care.

The fact that foster parents must operate so independently in managing the day-to-day affairs of foster children and in resolving the children's immediate problems, and the fact that they exercise full managerial responsibility over their own household are indications that, in their daily work, they are not acting on behalf of the government. It is also important to note, in this connection, that they do not hold themselves out as government agents in the community; nor are they perceived as such. Although foster parents are indeed acting in the service of a public goal, their actions are too far removed from the government for them to be reasonably perceived as acting "on account of" the government in the sense necessary to justify vicarious liability.

This conclusion finds confirmation in the fact that imposing vicarious liability in the face of a relationship of such independence would be of little use. Given the independence of foster parents, government liability is unlikely to result in heightened deterrence. Exacting supervision cannot prevent abuse when the supervising social worker is absent, as must often be the case in a private family setting. Nor is stricter monitoring a real option. Governments can and do provide instruction and training to foster parents. They can and do put in place periodic monitoring. They can and do encourage social workers to develop communication between social workers and foster children. These are now standard practice and are encouraged by direct liability. But given the nature of foster care, governments cannot regulate foster homes on a day-to-day basis. Imposition of vicarious liability can do little to deter what direct liability does not already deter. Not only would

parents d'accueil. C'est le seul moyen de les amener à comprendre que des figures d'autorité peuvent être aimantes, conséquentes et dignes de confiance. Les parents de famille d'accueil ne peuvent assumer leur rôle de figures d'autorité aimantes et conséquentes s'ils n'exercent pas une certaine autorité. Ainsi, quoiqu'ils participent à la réalisation d'un objectif public, les parents de famille d'accueil doivent, pour atteindre les buts du placement en famille d'accueil, accomplir leur tâche de façon indépendante sans être soumis au contrôle quotidien de l'État.

Le fait que les parents de famille d'accueil doivent conserver cette indépendance dans la gestion de la vie quotidienne et la résolution des problèmes immédiats des enfants qui leur sont confiés, et le fait qu'ils soient seuls responsables de la gestion de leur foyer, sont un indice qui porte à croire qu'ils n'agissent pas au nom de l'État lorsqu'ils exécutent leurs tâches quotidiennes. Il importe également de noter à cet égard qu'ils ne se présentent pas devant la collectivité comme des mandataires de l'État et que la collectivité ne les perçoit pas comme tels. Même si les parents d'accueil servent effectivement un objectif public, leurs actes sont trop indépendants de l'État pour qu'ils soient raisonnablement considérés agir « pour le compte » de l'État, comme ils le devraient pour engager sa responsabilité du fait d'autrui.

Cette conclusion est confirmée par le fait qu'il ne serait guère utile de greffer la responsabilité du fait d'autrui à une relation caractérisée par une telle indépendance. Compte tenu de l'indépendance des parents de famille d'accueil, la responsabilité de l'État n'aura vraisemblablement pas d'effet plus dissuasif. Une surveillance rigoureuse ne peut empêcher l'infliction de mauvais traitements lorsque le travailleur social responsable de la surveillance est absent, comme ce doit souvent être le cas dans un cadre familial privé. L'exercice d'un contrôle plus strict ne constitue pas non plus une véritable option. Les gouvernements peuvent donner une formation et des instructions aux parents de famille d'accueil, et ils le font. Ils peuvent mettre en place des mesures de contrôle périodiques, et ils le font. Ils peuvent encourager les travailleurs sociaux à développer des liens avec les enfants placés en famille d'accueil, et ils le font. Ce sont de nos jours des pratiques

25

26

imposing vicarious liability do little good; it could do harm. It might deter governments from placing children in foster homes in favour of less efficacious institutional settings. And it would raise the question of why the government should not be vicariously liable for other torts by foster parents such as negligent driving causing injury to a foster child. While these concerns might not be insurmountable, they tend to confirm the conclusion that the relationship between foster parents and the government is not close enough to support a finding that the government is vicariously liable.

courantes, favorisées en outre par la responsabilité directe. Mais, compte tenu de la nature du placement en famille d'accueil, les gouvernements ne peuvent réglementer les foyers d'accueil sur une base quotidienne. L'imputation de la responsabilité du fait d'autrui ne peut guère accroître l'effet dissuasif de la responsabilité directe. Non seulement l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui ne serait guère utile, mais elle pourrait être nuisible. Elle pourrait dissuader les gouvernements de placer des enfants en foyer d'accueil et les pousser à opter pour des milieux institutionnels moins efficaces. Et la question se poserait de savoir pourquoi l'État ne devrait pas engager sa responsabilité du fait d'autrui pour d'autres fautes commises par les parents de famille d'accueil, comme lorsqu'ils causent des blessures à un enfant qu'ils hébergent en conduisant de façon négligente. Bien qu'elles ne soient pas insurmontables, ces difficultés tendent à confirmer la conclusion selon laquelle la relation qu'entretiennent les parents de famille d'accueil avec l'État n'est pas suffisamment étroite pour justifier que l'État soit tenu responsable du fait d'autrui.

27

I note in conclusion on this point that this case is significantly different from *Lister v. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, where the House of Lords held a company that ran a private boarding annex vicariously liable for the sexual assaults committed by the warden of the annex. The boarding annex was designed to provide a home environment for a number of troubled boys, in the company of the warden and his wife; in this respect, it was similar to a foster home. In that case, the warden was clearly an employee acting on behalf of the company. The care was given in the boarding annex, not in a private home. The warden received a salary, instead of the cost-recovery payments made per child to foster parents. The warden would have been perceived as acting on behalf of the company. By contrast, the foster parents in the present appeal are not reasonably perceived as acting on behalf of the government.

Avant de clore sur ce point, je note que l'affaire dont nous sommes saisis se distingue de façon importante de l'affaire *Lister c. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, dans laquelle la Chambre des lords a statué qu'une société par actions qui exploitait un pensionnat privé était responsable du fait d'autrui pour les agressions sexuelles commises par le directeur de l'établissement. Le pensionnat visait à offrir à un certain nombre de garçons en difficulté un cadre familial en compagnie du directeur de l'établissement et de son épouse. Sous cet angle, ce cadre était donc similaire à celui d'une famille d'accueil. Mais, dans cette affaire, le directeur était manifestement un employé agissant au nom de l'entreprise. Les soins étaient prodigués dans un pensionnat, et non dans une maison privée. Le directeur touchait un salaire, au lieu des paiements que reçoivent les parents d'accueil en recouvrement des coûts engagés pour chaque enfant. Le directeur aurait été perçu comme agissant au nom de l'entreprise. À l'opposé, les parents de famille d'accueil dans le présent pourvoi ne sont pas raisonnablement perçus comme agissant au nom de l'État.

For similar reasons, the case at bar differs considerably from the situation in *Bazley, supra*. In *Bazley*, this Court found the Children's Foundation, a non-profit organization, vicariously liable for the abuse of children by one of the employees in its residential care facilities. Although the Foundation's employees were authorized to act as "parent figures", the care was not provided in their private homes; it was provided in a facility that was overseen and managed by the Foundation. The employees were salaried, and were clearly acting on behalf of the Foundation. Consequently, the issue in that case was not, as here, whether the caregiver who committed the tort stood in a sufficiently close relationship to his employer to ground a claim of vicarious liability: in *Bazley*, he clearly did. The issue was rather the second of those discussed earlier in para. 19 — namely, whether the tort itself was a manifestation of the risks inherent in that particular enterprise.

I conclude that the case for extending vicarious liability to the relationship between governments and foster parents has not been established. It is inherent in the nature of family-based care for children that foster parents are in important respects independent, and that the government cannot exercise sufficient control over their activities for them to be seen as acting "on account" of the government. Foster parents do not hold themselves out as government agents in their daily activities with their children; nor are they reasonably perceived as such.

3. Liability for Breach of a Non-Delegable Duty

The appellants argue that the government is liable for their losses on the basis of the doctrine of non-delegable duty. The idea that a person who delegates work to another person may be held responsible for torts committed by that person in executing the work on grounds other than vicarious liability has been

Pour des raisons similaires, la présente espèce se distingue considérablement de l'affaire *Bazley*, précitée. Dans *Bazley*, notre Cour a conclu à la responsabilité du fait d'autrui de la Children's Foundation, un organisme sans but lucratif, pour les agressions commises contre des enfants par un employé de son établissement de soins pour bénéficiaires internes. Même si les employés de l'organisme étaient autorisés à faire « figure de parents » pour les enfants, les soins n'étaient pas prodigués dans leurs maisons privées, mais bien dans un établissement que surveillait et gérait l'organisme. Les employés touchaient un salaire et agissaient clairement au nom de l'organisme. Il ne s'agissait donc pas, comme en l'espèce, de savoir si le pourvoyeur de soins auteur du délit entretenait une relation suffisamment étroite avec l'employeur pour fonder une action en responsabilité du fait d'autrui : dans *Bazley*, c'était manifestement le cas. L'affaire *Bazley* portait plutôt sur le deuxième élément mentionné précédemment au par. 19 — c'est-à-dire sur la question de savoir si le délit correspondait en soi à la manifestation des risques inhérents à cette entreprise en particulier.

Je dois conclure que le bien-fondé de l'élargissement de la responsabilité du fait d'autrui à la relation entre l'État et les parents de famille d'accueil n'a pas été démontré. Le fait que les parents de famille d'accueil soient indépendants à d'importants égards et que l'État ne puisse pas exercer suffisamment de contrôle sur leurs activités pour qu'ils soient considérés comme agissant « pour le compte » de l'État est inhérent à la nature de la prestation de soins aux enfants en milieu familial. Les parents de famille d'accueil ne se présentent pas comme des mandataires de l'État dans leurs activités quotidiennes avec les enfants, et on ne les perçoit pas non plus raisonnablement comme tels.

3. La responsabilité pour manquement à une obligation intransmissible

Les appelants prétendent que l'État est responsable des pertes qu'ils ont subies par application de la doctrine de l'obligation intransmissible. On étudie déjà depuis un bon moment la théorie voulant qu'une personne qui délègue une tâche à une autre puisse être tenue responsable des délits commis par cette

discussed for some time. More than 50 years ago, Denning L.J. stated in *Cassidy v. Ministry of Health*, [1951] 2 K.B. 343 (C.A.), at p. 363: “where a person is himself under a duty to use care, he cannot get rid of his responsibility by delegating the performance of it to someone else, no matter whether the delegation be to a servant under a contract of service or to an independent contractor under a contract for services”.

dernière dans l’exécution de son travail sur un fondement autre que la responsabilité du fait d’autrui. Il y a plus de 50 ans, lord Denning tenait les propos suivants dans l’arrêt *Cassidy c. Ministry of Health*, [1951] 2 K.B. 343 (C.A.), p. 363 : [TRADUCTION] « lorsqu’une personne est tenue à une obligation de diligence, elle ne peut s’y soustraire en en déléguant l’exécution à une autre personne, que ce soit à titre d’employé en vertu d’un contrat de travail ou d’entrepreneur indépendant en vertu d’un contrat d’entreprise ».

31 It may be that there is no single common law concept of non-delegable duty. Instead, the phrase seems to have been used to describe a number of situations in which special, non-delegable duties arise. If this is correct, then rather than seeking to state the doctrine in terms of a single principle, we should look to the different situations in which such duties have been found — an approach consonant with the traditional methods of the common law. In *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145, at para. 20, Cory J. suggested that these different situations comprise a “spectrum of liability”, and that “[w]ithin that spectrum there are a variety of legal obligations which may, depending on the circumstances, lead to a principal’s liability for the negligence of an independent contractor.”

Il se peut que l’obligation intransmissible ne corresponde pas à un concept unique en common law. Il semble plutôt que cette expression ait été utilisée pour décrire plusieurs situations qui donnent naissance à des obligations particulières intransmissibles. Si tel est le cas, au lieu de tenter d’énoncer cette doctrine comme un principe unique, nous devrions plutôt examiner les différentes situations dans lesquelles on a conclu à l’existence de telles obligations — une approche qui cadre avec les méthodes traditionnelles de la common law. Dans l’arrêt *Lewis (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145, le juge Cory a exprimé l’opinion, au par. 20, que ces différentes situations représentent une « échelle de responsabilité » et que « [d]ans cette échelle, il existe diverses obligations juridiques qui peuvent, selon les circonstances, déclencher la responsabilité d’un mandant pour la négligence d’un entrepreneur indépendant. »

32 The starting point for non-delegable duties that have their source in a statute is provided by *Lewis*. That case concerned a non-delegable duty imposed upon the British Columbia Ministry of Transportation and Highways by the *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, c. 167, s. 33(1), and the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, c. 280, ss. 14 and 48. The Court found, as Cory J. stated, that “[t]hese sections clearly indicate that the Ministry has the management and direction of all matters relating to construction, repair and maintenance of the highways and must direct those operations” (para. 22), and indeed, that s. 48 amounted to “a statutory duty to personally direct those works” (para. 25 (emphasis added)). The Court concluded that these sections placed a non-delegable duty on

L’arrêt *Lewis* fournit le point de départ de l’analyse des obligations intransmissibles d’origine législative. Cette affaire portait sur une obligation intransmissible imposée au ministère des Transports et de la Voirie de la Colombie-Britannique par le par. 33(1) de la *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 167, et par les art. 14 et 48 de la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 280. La Cour a statué, comme l’écrit le juge Cory, que « [c]es articles indiquent clairement que le Ministère est chargé de la gestion et de la supervision de toutes les questions relatives à la construction, à la réparation et à l’entretien des routes, et que c’est lui qui doit diriger ces travaux » (par. 22) et qu’effectivement, l’art. 48 équivaut à « l’obligation, que lui impose la loi, de diriger personnellement ces travaux » (par. 25 (je

the Ministry to ensure that maintenance work on the highways was performed with reasonable care. The duty was “non-delegable” in the sense that the Ministry was liable for the negligence of its independent contractors, and could not raise the defence that it had delegated the responsibility for taking due care to them. In concurring reasons, I described this non-delegable duty as a duty “not only to take care, but to ensure that care is taken”, and I noted that “it is no answer for the employer to say, ‘I was not negligent in hiring or supervising the independent contractor’” (para. 50). In other words, the non-delegable duty was breached simply because the independent contractor failed to take care in the performance of the work. The statutes gave the Ministry paramount authority over highway maintenance, and required it personally to manage and direct maintenance projects. They rendered it ultimately responsible for ensuring that reasonable care was taken by those who performed the work. Hence, because reasonable care was not taken by these contractors, the Ministry was liable for breach of its non-delegable duty.

The issue in the case at bar is whether the *Protection of Children Act* places the same type of duty on the Superintendent as the statutes in *Lewis* placed on the Ministry. Does the *Protection of Children Act* place a non-delegable duty on the Superintendent to ensure that foster children are kept safe while in foster care?

The Act imposes different duties at different stages of the placement process. Upon apprehending a child, the Superintendent is “responsible for the care, maintenance, and physical well-being of the child” until final disposition of the child’s case by a judge: s. 8(5). The same subsection also provides that no liability shall attach to the Superintendent

souligne)). La Cour a conclu que ces dispositions imposaient au ministère l’obligation intransmissible de veiller à ce que les travaux d’entretien des routes soient exécutés avec une diligence raisonnable. L’obligation était dite « intransmissible », en ce sens que le ministère engageait sa responsabilité pour la négligence de ses entrepreneurs indépendants et qu’il ne pouvait invoquer, comme moyen de défense, le fait qu’il leur avait délégué la responsabilité de faire preuve d’une diligence raisonnable. Dans des motifs concordants, j’ai décrit cette obligation intransmissible comme « une obligation non seulement de faire preuve de diligence, mais encore de s’assurer que l’on fasse preuve de diligence », en prenant soin de souligner que « l’employeur ne saurait répondre : “Je n’ai pas fait preuve de négligence en engageant l’entrepreneur indépendant ou en supervisant son travail” » (par. 50). Autrement dit, il y a eu manquement à une obligation intransmissible du seul fait que l’entrepreneur indépendant a omis de faire preuve de diligence dans l’exécution des travaux. Les lois accordaient au ministère l’autorité suprême en matière d’entretien des routes et l’obligeaient à gérer et à superviser personnellement les projets d’entretien. Elles le tenaient ultimement responsable de veiller à ce que ceux qui exécutaient les travaux fassent preuve d’une diligence raisonnable. Par conséquent, comme ces entrepreneurs n’ont pas fait preuve d’une diligence raisonnable, le ministère a été tenu responsable pour avoir manqué à l’obligation intransmissible qui lui incombait.

La question que soulève le présent pourvoi consiste à savoir si la *Protection of Children Act* impose au surintendant le même type d’obligation que celui que les lois imposaient au ministère dans l’affaire *Lewis*. La *Protection of Children Act* impose-t-elle au surintendant l’obligation intransmissible de garantir la sécurité des enfants placés en famille d’accueil?

La loi impose différentes obligations à diverses étapes du processus de placement. Lorsqu’il appréhende un enfant, le surintendant est [TRADUCTION] « responsable des soins, de l’entretien et du bien-être physique de l’enfant » jusqu’à ce qu’un juge statue définitivement sur son sort : par. 8(5). Le même paragraphe prévoit que le surintendant n’engage pas

33

34

“by reason only that the child is provided with necessary medical or surgical care during such time”. It follows from this exclusion that the Superintendent is responsible for other harms at this point, and that this duty is non-delegable. When a child is committed to the custody of the Superintendent, the Superintendent becomes the child’s legal guardian and “shall make arrangements as soon as may be for the placement of the child in a foster home, or such other place as will best meet the needs of the child”: s. 8(12). Alternatively, the Superintendent may deliver the child into the custody of a children’s aid society which, under s. 10(1), must “use special diligence in providing suitable foster homes for such children as are committed to its care”. These duties also appear to be non-delegable.

35 After placement, the Superintendent is granted the right to visit the child (s. 14). The organization or family caring for the child is required to provide information and access to the Superintendent, who must report deficiencies to the Minister (s. 15(1) and (3)). The Act also requires that if at any time it appears to the Superintendent that any children’s aid society or foster home “is not such as to be in the best interests of the children in its care or custody . . . the Superintendent shall report the circumstances to the Minister”, who may inquire into the situation and may remove the child (s. 15(3)). Again, responsibility for these specific duties lies on the Superintendent and arguably cannot be absolved by delegation.

36 The legislation offers no basis for imposing on the Superintendent a non-delegable duty to ensure that no harm comes to children through the abuse or negligence of foster parents. Foster parents provide day-to-day care for the children. But the Act does not suggest that the Superintendent is responsible for directing this day-to-day care and for ensuring that no harm comes to the children in the course of this care. In this respect, the Act differs significantly from the statutes at issue in *Lewis, supra*, which imposed a duty on the Minister of Transportation and Highways personally to direct and manage the maintenance and repair works. Although the

sa responsabilité [TRADUCTION] « du seul fait que l’enfant reçoit des soins médicaux ou chirurgicaux nécessaires pendant cette période ». Il appert de cette exclusion que le surintendant est responsable de tout autre préjudice à cette étape et que cette obligation est intransmissible. Quand un enfant est confié à la garde du surintendant, celui-ci devient son tuteur légal et il [TRADUCTION] « prend le plus tôt possible les mesures voulues pour le placer dans la famille d’accueil ou l’établissement qui répondra le mieux aux besoins de l’enfant » (par. 8(12)). Il peut encore confier l’enfant à la garde d’une société d’aide à l’enfance qui, suivant le par. 10(1), doit [TRADUCTION] « exercer la diligence particulière requise dans ses démarches pour fournir une famille d’accueil convenable aux enfants confiés à ses soins ». Ces obligations semblent elles aussi intransmissibles.

Après le placement, le surintendant a le droit de visiter l’enfant (art. 14). L’organisme ou la famille qui s’occupe de l’enfant est tenu de fournir des renseignements au surintendant et de lui donner accès à l’enfant, et le surintendant peut signaler toute lacune au ministre (par. 15(1) et (3)). La Loi prescrit aussi que lorsqu’il estime que la société d’aide à l’enfance ou la famille d’accueil [TRADUCTION] « ne sert pas l’intérêt supérieur des enfants confiés à sa garde ou à ses soins [. . .], le surintendant fait rapport au ministre et lui expose les circonstances », et le ministre peut faire enquête et retirer les enfants du foyer (par. 15(3)). Encore une fois, c’est au surintendant qu’incombe la responsabilité de s’acquitter de ces obligations particulières et on peut soutenir qu’il ne peut s’en dégager en les déléguant.

Aucune disposition de la loi ne permet d’imputer au surintendant une obligation intransmissible de garantir que les enfants ne subiront aucun préjudice dû à la négligence des parents de famille d’accueil ou à des mauvais traitements qu’ils leur infligeraient. Les parents de famille d’accueil prennent soin des enfants quotidiennement. Toutefois, la Loi n’indique pas que le surintendant a la responsabilité de superviser la prestation de ces soins quotidiens et de garantir que les enfants qui en bénéficient ne subiront aucun préjudice. À cet égard, la Loi se distingue considérablement des lois en cause dans l’arrêt *Lewis*, précité, qui obligeaient le ministre des

Act makes the Superintendent solely responsible for the well-being of a child before placement, it does not suggest that this is work for which the Superintendent retains responsibility after placement. Indeed, if the Superintendent were responsible for all of the wrongs that might befall children in foster care, there would be no need to set out his particular duties with respect to placement and supervision.

I conclude that the doctrine of non-delegable duty does not assist the appellants.

4. Liability for Breach of Fiduciary Duty

The parties to this case do not dispute that the relationship between the government and foster children is fiduciary in nature. This Court has held that parents owe a fiduciary duty to children in their care: *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6. Similarly, the British Columbia Court of Appeal has held that guardians owe a fiduciary duty to their wards: *B. (P.A.) v. Curry* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1. The government, through the Superintendent of Child Welfare, is the legal guardian of children in foster care, with power to direct and supervise their placement. The children are doubly vulnerable, first as children and second because of their difficult pasts and the trauma of being removed from their birth families. The parties agree that, standing in the parents' stead, the Superintendent has considerable power over vulnerable children, and that his placement decisions and monitoring may affect their lives and well-being in fundamental ways.

Where the parties disagree is over the content of the duty that this fiduciary relationship imposes on the government — over what actions and inactions amount to a breach of this duty. The appellants argue that the duty is simply to act in the best interests of foster children. The government, on the other hand, argues for a more narrowly defined duty — a duty to avoid certain harmful actions that constitute a betrayal of trust, of loyalty and of disinterest. For

Transports et de la Voirie à gérer et à superviser personnellement les travaux d'entretien et de réparation. Certes, la Loi tient le surintendant seul responsable du bien-être d'un enfant avant le placement, mais elle n'indique pas qu'il a la responsabilité d'assurer son bien-être après le placement. De fait, si le surintendant était responsable de tous les préjudices que pourraient subir les enfants en foyer d'accueil, il serait superflu de prévoir ses obligations particulières en matière de placement et de surveillance.

Je conclus que la doctrine de l'obligation intransmissible n'est d'aucun secours pour les appelants.

4. La responsabilité pour manquement à une obligation fiduciaire

Les parties n'ont pas contesté que la relation entre l'État et les enfants en famille d'accueil est de nature fiduciaire. Notre Cour a statué que les parents avaient une obligation fiduciaire envers les enfants qui ont été confiés à leurs soins : *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6. De même, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que les tuteurs avaient une obligation fiduciaire envers leurs pupilles : *B. (P.A.) c. Curry* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1. L'État, par l'intermédiaire du surintendant, est le tuteur légal des enfants en famille d'accueil et est investi du pouvoir de diriger et de surveiller leur placement. Les enfants sont doublement vulnérables, d'abord en tant qu'enfants, ensuite du fait de leur passé difficile et du traumatisme de leur séparation de leur famille naturelle. Les parties conviennent que le surintendant, en se substituant aux parents, détient un pouvoir considérable sur des enfants vulnérables et que ses décisions en matière de placement et de surveillance peuvent avoir de profondes incidences sur la vie et le bien-être de ces enfants.

La divergence de vues des parties concerne le contenu de l'obligation que cette relation fiduciaire fait peser sur l'État — la nature des actions et omissions qui constituent un manquement à cette obligation. Les appelants prétendent que cette obligation se résume simplement au fait d'agir dans l'intérêt supérieur des enfants placés en famille d'accueil. Pour sa part, l'État plaide en faveur d'une obligation de portée plus étroite — l'obligation d'éviter de

37

38

39

the reasons that follow, I conclude that the government's view must prevail.

40

First a procedural point. Fiduciary duties arise in a number of different contexts, including express trusts, relationships marked by discretionary power and trust, and the special responsibilities of the Crown in dealing with aboriginal interests. Although the parties' view seemed to be that the Superintendent's fiduciary duty was a private law duty arising from the relationship between the Superintendent and the children, they also suggested at times that it arose from the public law responsibilities imposed on the Superintendent by the *Protection of Children Act*. On the latter view, the Superintendent's fiduciary obligations would be closer to the fiduciary obligations of the Crown toward aboriginal peoples, which have been held to include a requirement of using due diligence in advancing particular interests of aboriginal peoples: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335. In my opinion, this latter view of the Superintendent's fiduciary obligation cannot succeed. A fiduciary obligation to promote the best interests of foster children while in foster care cannot be implied from the statute, because the statute evinces a clear intent that these children be nurtured in a private home environment; and, as discussed above, this effectively eliminates the government's capacity to exercise close supervision in relation to the foster parents' day-to-day conduct. The statute could not, therefore, consistently imply that the Superintendent stands under a fiduciary duty to exercise due diligence in ensuring on a day-to-day basis that the foster children's best interests are promoted.

commettre certains gestes préjudiciables qui constituent un bris du lien de confiance et un manque de loyauté et de désintéressement. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la thèse de l'État doit l'emporter.

Débutons tout d'abord avec une question de procédure. Les obligations fiduciaires prennent naissance dans divers contextes, notamment dans le contexte des fiducies expresses, dans celui des relations caractérisées par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance, ainsi que dans celui des responsabilités particulières qui incombent à l'État concernant les droits des Autochtones. Quoique les parties aient semblé dire que l'obligation fiduciaire du surintendant consistait en une obligation de droit privé découlant de la relation entre le surintendant et les enfants, elles ont également parfois laissé entendre que cette obligation découlait des responsabilités de droit public incombant au surintendant en vertu de la *Protection of Children Act*. Suivant cette dernière interprétation, les obligations fiduciaires du surintendant se rapprocheraient davantage des obligations fiduciaires de l'État envers les peuples autochtones qui, a-t-on statué, incluent celle de faire preuve d'une diligence raisonnable dans la promotion de certains droits propres aux peuples autochtones : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335. À mon avis, cette dernière façon d'interpréter l'obligation fiduciaire du surintendant ne saurait être acceptée. L'obligation fiduciaire qui consiste à promouvoir l'intérêt supérieur des enfants placés en famille d'accueil ne peut découler implicitement de la loi, puisque celle-ci révèle clairement que la prestation des soins aux enfants doit se faire dans le cadre d'une maison privée; et, comme je l'ai souligné précédemment, on écarte ainsi la capacité de l'État d'exercer une surveillance étroite à l'égard des activités quotidiennes des parents de famille d'accueil. En toute logique, la loi ne pouvait donc prévoir implicitement que le surintendant était tenu à une obligation fiduciaire d'exercer la diligence requise pour s'assurer quotidiennement de promouvoir l'intérêt supérieur des enfants placés en famille d'accueil.

What, however, might the content of the fiduciary duty be if it is understood, instead, as a private law duty arising simply from the relationship of discretionary power and trust between the Superintendent and the foster children? In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 646-47, La Forest J. noted that there are certain common threads running through fiduciary duties that arise from relationships marked by discretionary power and trust, such as loyalty and “the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of the beneficiary”. However, he also noted that “[t]he obligation imposed may vary in its specific substance depending on the relationship” (p. 646). Because such obligations will vary in their content depending on the nature of the relationship involved, we should determine the content of the obligation owed by the government to foster children by focussing on analogous cases. This suggests that in determining the content of the fiduciary obligation here at issue, we should focus generally on cases dealing with the relationship of children to caregivers, and more particularly on the relationship between parents (in whose stead the Superintendent stands) and their children.

Case law has traditionally described the parental fiduciary duty in narrow terms, as a duty to avoid certain harmful actions which find their origin in parents abandoning and abusing the position of trust they hold with respect to their children. The content of the parent-child fiduciary obligation has been held to include the duty not to exercise undue influence over the child in the context of economic matters and contractual relations between parent and child: *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at p. 66; *Meagher, Gummow and Lehane’s Equity, Doctrines and Remedies* (4th ed. 2002), at pp. 508-9. In the United States, the parental fiduciary duty has been extended to a duty not to wilfully inflict personal injuries on the child “beyond the limits of reasonable parental discipline” (*Emery v. Emery*, 289 P.2d 218 (Cal. 1955), at p. 224; see also *Evans v. Eckelman*, 265 Cal. Rptr. 605 (Cal. Ct. App. 1990)). In the same vein, this Court held in *M. (K.) v. M. (H.)*

41
 Quel serait cependant le contenu de l’obligation fiduciaire si on devait plutôt l’interpréter comme une obligation de droit privé découlant simplement de la relation entre le surintendant et les enfants en foyer d’accueil, caractérisée par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance? Dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge La Forest a souligné aux p. 646-647 que certains éléments communs se dégageaient des obligations fiduciaires issues des relations caractérisées par un pouvoir discrétionnaire et par un lien de confiance, notamment la loyauté et « l’obligation d’éviter les conflits de devoirs ou d’intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire ». Il a cependant fait remarquer que « [l]a nature particulière de cette obligation peut varier selon les rapports concernés » (p. 646). C’est pour cette raison que nous devrions fixer le contenu de l’obligation à laquelle l’État est tenu envers les enfants placés en famille d’accueil en nous intéressant à des cas analogues. Cela signifie que, pour déterminer le contenu de la relation fiduciaire en cause dans le présent pourvoi, nous devrions nous intéresser généralement aux affaires portant sur le rapport qu’entretiennent les enfants avec les personnes qui prennent soin d’eux, et tout particulièrement sur celui entre les parents (auxquels le ministre se substitue) et leurs enfants.

42
 La jurisprudence définit traditionnellement l’obligation fiduciaire des parents de manière étroite, comme consistant à éviter certains gestes préjudiciables découlant de l’abandon et de l’abus par les parents de leur position de confiance par rapport à leurs enfants. On a jugé que l’obligation fiduciaire parent-enfant comprenait notamment l’obligation d’éviter l’abus d’influence à l’égard de l’enfant dans le contexte des questions financières et des relations contractuelles entre un parent et son enfant : *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, p. 66; *Meagher, Gummow and Lehane’s Equity, Doctrines and Remedies* (4^e éd. 2002), p. 508-509. Aux États-Unis, on a élargi l’obligation fiduciaire du parent de manière à y inclure celle de ne pas infliger délibérément des lésions corporelles à l’enfant [TRADUCTION] « outrepassant les limites de la discipline parentale raisonnable » (*Emery c. Emery*, 289 P.2d 218 (Cal. 1955), p. 224; voir également *Evans c. Eckelman*,

that incest amounts to a breach of the parental fiduciary duty. La Forest J. there described “the essence of the parental obligation . . . [as] simply to refrain from inflicting personal injuries upon one’s child” (p. 67).

265 Cal. Rptr. 605 (Cal. Ct. App. 1990)). Dans la même veine, notre Cour a statué dans l’arrêt *M. (K.) c. M. (H.)* que l’inceste constituait un manquement à l’obligation fiduciaire du parent. Le juge La Forest y a décrit « l’obligation du parent . . . [comme consistant] essentiellement à s’abstenir d’infliger des lésions corporelles à son enfant » (p. 67).

43 A second view, not yet endorsed by this Court, suggests that the content of the parental fiduciary obligation is simply to “look after” the best interests of the child. A number of lower courts in Canada have expressed this view: see *B. (P.A.) v. Curry*, *supra*, per Newbury J.A.; *M. (M.) v. F. (R.)* (1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127 (C.A.), per Donald J.A., dissenting in part; *C. (P.) v. C. (R.)* (1994), 114 D.L.R. (4th) 151 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), per Corbett J.; *J. (L.A.) v. J. (H.)* (1993), 13 O.R. (3d) 306 (Gen. Div.), per Rutherford J. In *M. (M.) v. F. (R.)*, Donald J.A. held that “the nature of the fiduciary duty as a foster parent required the mother to look after the best interests of her foster child” (para. 48). Likewise, in *B. (P.A.) v. Curry*, at para. 97, Newbury J.A., citing *C. (P.) v. C. (R.)*, noted that the parental fiduciary obligation “has been said to involve a duty to protect the child’s ‘health and well-being’”. She held, citing *M. (K.) v. M. (H.)*, that “[a] parent’s duty certainly involves a duty to act in the child’s best interests” (para. 97).

Un second courant jurisprudentiel, auquel notre Cour n’a pas encore adhéré, donne à penser que le contenu de l’obligation fiduciaire du parent se résume simplement à « agir » dans l’intérêt supérieur de l’enfant. Au Canada, certains tribunaux d’instance inférieure ont exprimé ce point de vue : voir *B. (P.A.) c. Curry*, précité, la juge Newbury; *M. (M.) c. F. (R.)* (1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127 (C.A.), le juge Donald, dissident en partie; *C. (P.) c. C. (R.)* (1994), 114 D.L.R. (4th) 151 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge Corbett; *J. (L.A.) c. J. (H.)* (1993), 13 O.R. (3d) 306 (Div. gén.), le juge Rutherford. Dans l’affaire *M. (M.) c. F. (R.)*, le juge Donald a conclu que [TRADUCTION] « la nature de l’obligation fiduciaire incombant au parent d’accueil exigeait que la mère agisse dans l’intérêt supérieur de l’enfant qui lui avait été confié » (par. 48). De même, dans l’affaire *B. (P.A.) c. Curry*, par. 97, la juge Newbury a souligné en renvoyant à l’arrêt *C. (P.) c. C. (R.)* que l’obligation fiduciaire du parent [TRADUCTION] « était considérée comprendre celle de protéger “la santé et le bien-être” de l’enfant ». Se référant à l’arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, elle a conclu que [TRADUCTION] « l’obligation du parent comprend assurément le devoir d’agir dans l’intérêt supérieur de l’enfant » (par. 97).

44 Parents should try to act in the best interests of their children. This goal underlies a variety of doctrines in family law and liability law. However, thus far, failure to meet this goal has not itself been elevated to an independent ground of liability at common law or equity. There are good reasons for this.

Les parents devraient essayer d’agir dans l’intérêt supérieur de leurs enfants. Cet objectif sous-tend diverses doctrines en droit de la famille et de la responsabilité. Jusqu’à maintenant, on n’a toutefois pas élevé cet objectif au rang de motif distinct de responsabilité en common law ou en equity et cela, pour des raisons valables.

45 First, an obligation to do what is in the best interests of one’s child would seem to be a form of result-based liability, rather than liability based on faulty actions and omissions: such an obligation would be breached whenever the result was that the best

Premièrement, l’obligation pour le parent d’agir dans l’intérêt supérieur de son enfant semblerait être une forme de responsabilité fondée sur le résultat plutôt que sur la faute et l’omission : le parent manquera à cette obligation chaque fois que le résultat

interests of the child were not promoted, regardless of what steps had or had not been taken by the parent. Breach of fiduciary duty, however, requires fault. It is not result-based liability, and the duty is not breached simply because the best interests of a child have not in fact been promoted. Moreover, a wrong of this type would not be ascertainable at the time that it was committed; and a wrong must be so ascertainable if it is to found legal liability.

Second, the simple injunction to act in the best interests of the child does not provide parents with a workable standard by which to regulate conduct. It does not recommend particular courses of conduct that they must engage in or not engage in, to avoid legal liability. It is often unclear at the time which, among all of the possible actions that a parent could perform, will best advance a child's best interests. Different parents have different ideas of what particular actions or long-term strategies will accomplish this, all of which may be reasonable. And even once parents do sort this out, they may face the practical difficulty that what they can do for their children is limited by their resources, their energy, their abilities and the competing needs of their other children. All this suggests that a simple injunction to act in the best interests of the child, however laudable, does not provide a workable basis for assigning legal liability, whether in negligence or for breach of fiduciary duty. It simply does not provide a legal or justiciable standard.

The "best interests" of the child forms a guiding objective in family law. It is a guide to courts in making custody and other decisions respecting children, and it can function as a guide in part because of the limited number of alternatives in these contexts. Deciding which of two home environments would be better for a child is very different from attempting to decide which of an almost infinite number of combinations of potential actions toward

démontre que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été favorisé, indépendamment des démarches entreprises par le parent. Il faut cependant établir l'existence d'une faute pour qu'il y ait manquement à une obligation fiduciaire. Il ne s'agit pas d'une responsabilité fondée sur le résultat et il n'y a pas manquement du seul fait que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été favorisé dans les faits. Qui plus est, une faute de cette nature ne serait pas déterminable au moment où elle est commise; or, seule une faute déterminable peut justifier l'imputation d'une responsabilité légale.

Deuxièmement, la simple directive donnée aux parents d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant ne leur fournit pas une norme pratique qui leur permette de régler leur conduite. Elle ne leur recommande aucune ligne de conduite précise pour éviter d'engager leur responsabilité en droit. Bien souvent, on ne sait pas quel geste, parmi tous ceux que pourrait accomplir un parent, saura le mieux promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant. Les parents entretiennent des idées différentes, qui peuvent toutes être raisonnables, sur les actions précises ou les stratégies à long terme qui leur permettront d'atteindre cet objectif. Et même lorsqu'ils auront choisi le moyen d'y parvenir, ils peuvent être confrontés à un problème pratique, soit le fait d'être limités par leurs ressources, leur énergie, leurs compétences et les besoins concurrents de leurs autres enfants. Tous ces facteurs laissent croire que la simple directive donnée aux parents d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant, si louable soit-elle, ne fournit pas un cadre pratique pour l'imputation de la responsabilité en droit, que ce soit sur le fondement de la négligence ou du manquement à une obligation fiduciaire. Cette directive ne crée tout simplement pas une norme juridique ou justiciable.

L'« intérêt supérieur » de l'enfant constitue un objectif directeur en droit de la famille. Les tribunaux s'en inspirent pour rendre des décisions touchant les enfants, notamment en matière de garde. Cet objectif peut servir de guide en partie en raison du nombre limité de solutions possibles dans ce contexte. La tâche de décider lequel des deux environnements familiaux conviendrait le mieux à l'enfant est fort différente de la tâche de choisir, parmi un

one's child would best advance the child's interests. The guiding objective of furthering the best interests of the child also informs the content of various legal duties that parents owe their children, whether statutory, at common law (negligence) or at equity (breach of fiduciary duty). However, this objective is not to be confused with the legal obligations themselves. Although it is a laudable goal, it does not constitute a justiciable standard for determining liability in damages. Moreover, the goal of promoting the best interests of the child is larger than the concerns of trust and loyalty central to fiduciary law. It is true that breach of parental fiduciary duty is unlikely to further a child's best interests. However, the converse proposition that everything that is not in a child's best interest constitutes a breach of fiduciary duty does not hold. The list of parental fiduciary duties is not closed. But it does not include a broad and unspecified duty to act in the child's best interests.

nombre presque infini de combinaisons d'actions potentielles, la démarche qui favorisait le mieux l'intérêt supérieur de l'enfant. L'objectif directeur de la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant nous éclaire également sur le contenu de diverses obligations juridiques des parents envers leurs enfants, que ces obligations découlent de la loi, de la common law (délict de négligence) ou de l'equity (manquement à une obligation fiduciaire). On ne doit toutefois pas confondre cet objectif avec les obligations juridiques elles-mêmes. Si louable soit-il, cet objectif n'établit pas une norme justiciable pouvant servir à établir la responsabilité en dommages-intérêts. Qui plus est, l'objectif qui consiste à promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant a une portée plus étendue que les questions de confiance et de loyauté qui sont au cœur du droit des fiducies. Certes, le manquement par un parent à une de ses obligations fiduciaires ne favorisera vraisemblablement pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant, la proposition inverse selon laquelle tout ce qui n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant emporte manquement à une obligation fiduciaire ne tient pas. La liste des obligations fiduciaires incombant aux parents n'est pas exhaustive, mais elle ne comprend pas d'obligation générale et vague d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

48

What then is the content of the parental fiduciary duty? This question returns us to the cases and the wrong at the heart of breaches of this duty. The traditional focus of breach of fiduciary duty is breach of trust, with the attendant emphasis on disloyalty and promotion of one's own or others' interests at the expense of the beneficiary's interests. Parents stand in a relationship of trust and owe fiduciary duties to their children. But the unique focus of the parental fiduciary duty, as distinguished from other duties imposed on them by the law, is breach of trust. Different legal and equitable duties may arise from the same relationship and circumstances. Equity does not duplicate the common law causes of action, but supplements them. Where the conduct evinces breach of trust, it may extend liability, but only on that basis. As I wrote in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226: "In negligence and contract the parties are taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. . . .

Quel est alors le contenu de l'obligation fiduciaire du parent? Cette question nous ramène à la jurisprudence et à la faute qui est au centre des manquements à cette obligation. Le manquement à une obligation fiduciaire tient traditionnellement à l'abus de confiance, avec l'accent mis en conséquence sur le manque de loyauté et la promotion des intérêts de l'auteur du manquement ou d'une autre personne au détriment de ceux du bénéficiaire. Les parents se trouvent dans une relation de confiance et sont tenus envers leurs enfants à des obligations fiduciaires. Mais l'obligation fiduciaire des parents, comparativement aux autres obligations que la loi leur impose, est axée sur l'abus de confiance. La même relation et les mêmes circonstances peuvent engendrer différentes obligations en common law et en equity. Les causes d'action fondées sur l'equity ne font pas double emploi avec celles prévues par la common law; elles les complètent. Lorsque la conduite reprochée révèle un abus de confiance, la

The essence of a fiduciary relationship, by contrast, is that one party exercises power on behalf of another and pledges himself or herself to act in the best interests of the other” (p. 272).

I have said that concern for the best interests of the child informs the parental fiduciary relationship, as La Forest J. noted in *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at p. 65. But the duty imposed is to act loyally, and not to put one’s own or others’ interests ahead of the child’s in a manner that abuses the child’s trust. This explains the cases referred to above. The parent who exercises undue influence over the child in economic matters for his own gain has put his own interests ahead of the child’s, in a manner that abuses the child’s trust in him. The same may be said of the parent who uses a child for his sexual gratification or a parent who, wanting to avoid trouble for herself and her household, turns a blind eye to the abuse of a child by her spouse. The parent need not, as the Court of Appeal suggested in the case at bar, be consciously motivated by a desire for profit or personal advantage; nor does it have to be her own interests, rather than those of a third party, that she puts ahead of the child’s. It is rather a question of disloyalty — of putting someone’s interests ahead of the child’s in a manner that abuses the child’s trust. Negligence, even aggravated negligence, will not ground parental fiduciary liability unless it is associated with breach of trust in this sense.

Returning to the facts of this case, there is no evidence that the government put its own interests ahead of those of the children or committed acts that harmed the children in a way that amounted to betrayal of trust or disloyalty. The worst that can be said of the Superintendent is that he, along with the social workers, failed properly to assess whether the

responsabilité qui en découle peut être accrue en equity, mais uniquement sur ce fondement. Comme je l’ai dit dans l’arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226 : « 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 contre, le rapport fiduciaire se caractérise essentiellement par le fait que l’une des parties exerce un pouvoir au nom de l’autre et s’engage à agir dans le meilleur intérêt de celle-ci » (p. 272).

Le souci de promouvoir l’intérêt supérieur de l’enfant se trouve à la base de la relation fiduciaire des parents, comme l’a souligné le juge La Forest dans *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, p. 65. Mais l’obligation qui leur incombe est celle d’agir en toute loyauté et de ne pas faire passer leurs propres intérêts ou ceux d’autres personnes avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. Cela explique les arrêts mentionnés précédemment. Le parent qui, recherchant son propre profit, abuse de son influence sur l’enfant relativement à des questions financières fait passer ses intérêts avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. Cela vaut également pour le parent qui exploite un enfant afin d’assouvir ses désirs sexuels ou pour celui qui, voulant préserver sa tranquillité et celle de la famille, ferme les yeux sur les abus commis par son conjoint. Comme la Cour d’appel l’a dit en l’espèce, il n’est pas nécessaire que le parent soit motivé consciemment par le désir de réaliser un bénéfice ou de tirer un avantage personnel; il n’est pas non plus nécessaire qu’il préfère ses intérêts, plutôt que ceux d’un tiers, à ceux de l’enfant. Il s’agit plutôt d’un manque de loyauté — de faire passer les intérêts d’autres personnes avant ceux de l’enfant, en abusant de sa confiance. La négligence, même grave, ne saurait engager la responsabilité fiduciaire des parents si elle n’implique pas d’abus de confiance en ce sens.

Pour revenir aux faits qui nous sont soumis, rien n’indique que l’État ait fait passer ses propres intérêts avant ceux des enfants ou qu’il ait accompli des actes préjudiciables aux enfants qu’on pourrait assimiler à un bris de la relation de confiance ou à un manque de loyauté. On pourrait au pire reprocher au surintendant, tout comme aux travailleurs sociaux,

children's needs and problems could be met in the designated foster homes; failed to discuss the limits of acceptable discipline with the foster parents; and failed to conduct frequent visits to the homes given that they were overplaced and had a documented history of risk (trial judgment, at para. 74). The essence of the Superintendent's misconduct was negligence, not disloyalty or breach of trust. There is no suggestion that he was serving anyone's interest but that of the children. His fault was not disloyalty, but failure to take sufficient care.

de ne pas avoir examiné adéquatement la question de savoir si les familles d'accueil envisagées pouvaient répondre aux besoins et régler les problèmes des enfants; d'avoir omis de discuter avec les parents de famille d'accueil des limites d'une discipline acceptable; et d'avoir omis de visiter fréquemment les foyers d'accueil, compte tenu que ceux-ci étaient surpeuplés et qu'ils avaient déjà posé un risque, selon ce qui figurait au dossier (jugement de première instance, par. 74). L'inconduite du surintendant se caractérise essentiellement par la négligence, et non par le manque de loyauté ou l'abus de confiance. Nulle part n'avance-t-on qu'il servait l'intérêt de qui que ce soit d'autre que les enfants. Sa faute n'est pas due à un manque de loyauté, mais bien à l'omission de faire suffisamment preuve de diligence.

51 I would therefore uphold the Court of Appeal's conclusion that the government did not breach its fiduciary duty to the appellants.

Je suis donc d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel selon laquelle l'État n'a pas manqué à son obligation fiduciaire envers les appelants.

5. Summary of the Legal Basis for Liability

5. Sommaire du fondement juridique de la responsabilité

52 For the foregoing reasons, the government's liability to the appellants is confined to direct negligence, subject to the limitations defence. Vicarious liability cannot justifiably be imposed in this case, and the government did not breach a non-delegable duty or a fiduciary duty owed to the appellants.

Pour les motifs qui précèdent, la responsabilité de l'État envers les appelants se limite à la négligence directe, sous réserve du moyen de défense de la prescription. La responsabilité du fait d'autrui ne serait pas justifiée en l'espèce et l'État n'a pas manqué à une obligation intransmissible ni à une obligation fiduciaire envers les appelants.

B. *Are the Appellants' Tort Actions Barred by the Limitation Act?*

B. *Les actions en responsabilité civile délictuelle intentées par les appelants sont-elles prescrites par application de la Limitation Act?*

53 The *Limitation Act* imposes a two-year limitation period for actions based upon personal injuries resulting from torts (s. 3(2)), beginning when a child attains the age of majority: s. 7(1)(a)(i). The appellants lived in the Pleasance and Hart homes from 1966 to 1968. The youngest of the appellants reached the age of majority in 1980. Their actions were not commenced until 1994 (K.), 1995 (V.) and 1996 (H. and P.).

La *Limitation Act* établit un délai de prescription de deux ans pour les actions fondées sur un préjudice causé à la personne par un délit (par. 3(2)); ce délai court à compter de la majorité de l'enfant : sous-al. 7(1)a)(i). Les appelants ont habité chez les Pleasance et chez les Hart de 1966 à 1968. Le benjamin a atteint sa majorité en 1980. Leurs actions n'ont été entamées qu'en 1994 (K.), 1995 (V.) et 1996 (H. et P.).

54 The appellants argue that their tort actions are not statute-barred because their causes of action were

Les appelants soutiennent que leurs actions en responsabilité civile délictuelle ne sont pas prescrites

not reasonably discoverable “prior to commencement of these actions”. They rely on the trial judge’s finding that “[n]one of the plaintiffs had a substantial awareness of the harm and its likely cause prior to commencement of these actions” (para. 140). This finding was based upon the evidence of a psychologist, Dr. Ley, who assessed the appellants after they had commenced their actions and concluded that they lacked a “thorough understanding” of the psychological connection between their past abuse and their current state.

This approach to reasonable discoverability is problematic. It rests on evidence that the plaintiffs lacked sufficient awareness of the facts even after they had brought their actions. Since the purpose of the rule of reasonable discoverability is to ensure that plaintiffs have sufficient awareness of the facts to be able to bring an action, the relevant type of awareness cannot be one that it is possible to lack even after one has brought an action. The “thorough understanding” proposed by Dr. Ley — an understanding not present even after suit was launched — thus sets the bar too high.

All of the appellants were aware of the physical abuse they sustained at the time that it occurred. They may not have been aware of the existence of a governmental duty to exercise reasonable care in making and supervising their placements. They may also not have been immediately aware of the harm that the abuse caused to them or of the causal link between the abuse and the harm. Indeed, in *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, La Forest J., writing for the majority, acknowledged that awareness of the connection between harm suffered and a history of childhood abuse is often elusive. However, in 1986, K. and V. consulted with a lawyer about the possibility of receiving compensation from the government for damage suffered while in foster care. The lawyer told them that he thought they had a cause of action, and suggested they consult a lawyer in Victoria who

parce que leurs causes d’action ne pouvaient raisonnablement être découvertes [TRADUCTION] « avant le début des instances ». Ils s’appuient sur la conclusion de la juge de première instance selon laquelle [TRADUCTION] « [a]ucun des demandeurs n’avait réellement connaissance du préjudice subi et de sa cause probable avant le début de ces instances » (par. 140). Cette conclusion reposait sur le témoignage du psychologue, M. Ley, qui a évalué les appelants après l’introduction des actions et conclu qu’ils [TRADUCTION] « n’avaient pas une compréhension approfondie » du lien entre les mauvais traitements subis dans le passé et leur état psychologique actuel.

Cette conception de la règle de la possibilité raisonnable de découvrir la cause d’action fait problème. D’abord, elle repose sur la preuve que les demandeurs n’avaient pas suffisamment connaissance des faits même après avoir intenté leurs actions. Comme l’objet de la règle est de s’assurer que les demandeurs ont une connaissance suffisante des faits pour être en mesure d’engager une action, la connaissance requise ne peut être un type de connaissance que les parties n’auraient pas nécessairement après l’introduction de l’action. La « compréhension approfondie » dont parle M. Ley — une compréhension que les parties n’avaient toujours pas après avoir introduit l’action — place donc la barre trop haut.

Tous les appelants avaient connaissance des actes de violence physique qu’ils ont subis au moment où ils les ont subis. Ils n’étaient peut-être pas conscients de l’existence de l’obligation de l’État d’exercer une diligence raisonnable dans leur placement et leur surveillance. Ils n’ont peut-être pas non plus pris conscience immédiatement du préjudice que leur ont causé ces mauvais traitements ni du lien de causalité entre ces mauvais traitements et ce préjudice. En fait, dans l’arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, le juge La Forest a reconnu au nom des juges majoritaires que le lien qui existe entre le préjudice causé et les mauvais traitements subis pendant l’enfance était souvent difficile à saisir. Toutefois, en 1986, K. et V. ont consulté un avocat au sujet de la possibilité d’obtenir une indemnité de l’État pour le préjudice subi

55

56

specialized in such claims. V. did not follow up on this advice, perhaps as a result of a sense of powerlessness and a concern that she was to blame. In 1990, three of the appellants made a complaint to the Ombudsman, who informed the Superintendent that “[a]ll of the complainants are seeking financial compensation for the events which occurred while in the care of the Superintendent”. In June of 1991, all of the appellants met with a Ministry representative. With his assistance, they made a formal request for counselling and for a settlement from the government for physical and mental abuse suffered in the Pleasance and Hart homes.

57 The appellants could not have come away from these meetings with anything less than an awareness that the government may have breached a duty that it owed to them, and that an action against the government would have a reasonable prospect of success. They now contend that they did not have access to some of the information that they needed in order to conclude that an action would have a “reasonable prospect of success” because the Crown failed to provide them with their child-in-care records. However, the only facts that are contemplated by the statute as necessary for determining whether an action has a reasonable prospect of success relate to the existence and the breach of a duty. The meetings between the appellants and various members of the government suggest that the appellants, by June of 1991 at the latest, had acquired sufficient awareness of those facts to start the limitation period running.

58 The appellants also argue that the running of time should be postponed beyond 1991, on the grounds that they were under a disability: s. 7(1)(a)(ii) of the Act. The Act defines disability as the state of being either (i) a minor, or (ii) “in fact incapable of or substantially impeded in managing his or her affairs”, and places the onus of proving that the running of time has been postponed under this provision on the person who is claiming the benefit of the postponement: s. 7(9). The appellants have not established

pendant qu’ils étaient en foyer d’accueil. L’avocat leur a dit estimer qu’ils avaient une cause d’action et leur a suggéré de consulter un avocat à Victoria qui se spécialisait dans ce type de causes. V. n’a pas suivi ce conseil, peut-être parce qu’elle se sentait impuissante et coupable. En 1990, trois des appelants ont déposé une plainte devant l’ombudsman qui a informé le surintendant que [TRADUCTION] « [t]ous les plaignants demandent une indemnité pécuniaire pour des événements survenus pendant qu’ils étaient confiés aux soins du surintendant ». En juin 1991, tous les appelants ont rencontré un représentant du ministère. Avec son aide, ils ont présenté une demande officielle d’aide psychologique et de règlement amiable avec l’État pour les actes de violence physique et morale dont ils ont été l’objet dans les foyers Pleasance et Hart.

Au sortir de ces rencontres, les appelants devaient à tout le moins être conscients que l’État avait peut-être manqué à une obligation envers eux et qu’une action contre l’État aurait une chance raisonnable d’être accueillie. Ils prétendent maintenant qu’ils n’ont pu avoir accès à certains des renseignements dont ils avaient besoin pour conclure qu’une action aurait une « chance raisonnable d’être accueillie » parce que l’État ne leur a pas remis leur dossier d’enfant pris en charge par l’État. Toutefois, les seuls faits qui, aux termes de la loi, sont nécessaires pour décider si une action a une chance raisonnable d’être accueillie concernent l’existence d’une obligation et le manquement à celle-ci. Les rencontres entre les appelants et divers agents de l’État semblent indiquer que les appelants, dès juin 1991 au plus tard, avaient suffisamment connaissance de ces faits pour que le délai de prescription commence à courir.

Les appelants ont aussi affirmé que le délai de prescription ne devrait courir qu’après 1991 étant donné qu’ils étaient frappés d’une incapacité : sous-al. 7(1)(a)(ii) de la loi. Selon la loi, une personne est frappée d’incapacité si (i) elle est mineure, ou (ii) [TRADUCTION] « de fait dans l’impossibilité de gérer ses affaires ou en est empêchée par un obstacle important », et précise que la charge d’établir que le délai de prescription a été interrompu incombe à la personne qui invoque

disability as required by the Act. While the trial judge found that they suffered from a number of psychological difficulties, she made no finding that they had difficulty managing their affairs at the relevant time.

I would therefore uphold the Court of Appeal's conclusion that the appellants' claims were statute-barred.

C. *What is the Proper Basis for Assessing Damages in This Context?*

As the appellants' claims are barred by the *Limitation Act*, it is not necessary to review in detail the damage awards given by the trial judge. There is, however, one general principle concerning the appropriate damage assessment that requires clarification. Dillon J. found that the plaintiffs fell within the "crumbling skull" rule described by Major J. in *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 34. This rule is intended to ensure that the plaintiff is not put in a position better than that which he or she would have been in had the tort not been committed. It applies where the plaintiff has a pre-existing condition that would have caused or increased the risk of damage in any case. Dillon J. concluded that the appellants' prior home life, with its extreme material deprivations and marital discord, brought them within the ambit of the crumbling skull rule. Their early experiences, in her view, would have caused long-term psychological damage in any event.

The appellants challenge this conclusion, on the grounds that it cannot simply be assumed that poverty and marital difficulties are equivalent in their effects to verbal, physical or sexual abuse. In my view, the appellants are correct insofar as they are suggesting that trial judges may not simply assume that children who have come from impoverished or difficult homes would have sustained extensive psychological damage in any case. Life below the poverty line, though difficult, does not automatically rob children of their sense of self-worth; nor does it automatically prevent parents from

l'interruption : art. 7(9). Les appelants n'ont pas établi l'incapacité au sens de la loi. Bien que la juge de première instance ait conclu qu'ils avaient éprouvé maintes difficultés psychologiques, elle n'a pas conclu qu'ils avaient de la difficulté à gérer leurs affaires à l'époque pertinente.

Je suis donc d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les demandes des appelants étaient prescrites.

C. *Quels sont les critères à appliquer pour fixer le montant des dommages-intérêts dans le contexte de l'espèce?*

Puisque les demandes des appelants sont prescrites par la *Limitation Act*, il n'est pas nécessaire d'analyser en détail les dommages-intérêts que leur a attribués la juge de première instance. Il convient cependant de clarifier un principe général régissant l'évaluation des dommages-intérêts. La juge Dillon a décidé que les appelants étaient visés par la règle de la vulnérabilité de la victime exposée par la juge Major dans *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 34. L'objet de cette règle est de s'assurer que le demandeur n'est pas rétabli dans une situation meilleure que celle où il aurait été n'eût été le délit. Elle s'applique dans le cas où l'état préexistant du demandeur aurait causé le dommage ou accru le risque de dommage de toute façon. La juge Dillon a conclu que la vie des appelants dans leur famille naturelle, avec son extrême pauvreté et les disputes conjugales, rendait applicable la règle de la vulnérabilité de la victime. Leur passé, a-t-elle estimé, leur aurait causé de toute façon des difficultés psychologiques à long terme.

Les appelants contestent cette conclusion au motif qu'on ne peut pas simplement supposer que la pauvreté et les disputes conjugales équivalent, quant à leurs effets, à des actes de violence verbale, physique ou sexuelle. J'estime que les appelants ont raison dans la mesure où ils affirment que les juges de première instance ne peuvent simplement supposer que les enfants provenant de milieux pauvres ou difficiles auraient de toute façon connu d'importantes difficultés psychologiques. Vivre sous le seuil de la pauvreté est éprouvant, mais ne prive pas automatiquement les

59

60

61

maintaining a loving and supportive home for their children. However, there is no evidence in this case that Dillon J. arrived at her conclusion on the basis of such unwarranted assumptions, rather than on the basis of a clear appreciation of the evidence before her.

62 The appellants have also contested the trial judge's damage awards on the related ground that they failed to give proper weight to various aspects of the evidence before her. The trial judge's assessment of the evidence before her is a question of fact, which an appellate court cannot set aside absent "palpable and overriding error": *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802. The trial judge's findings of fact and the factual inferences she drew from them on the appropriate quantum of damages should be upheld.

IV. Conclusion

63 I would dismiss the appeal. The only cause of action that assists the appellants is direct liability in negligence law, which the Court of Appeal correctly held to be statute-barred.

The following are the reasons delivered by

64 ARBOUR J. — This case raises the issue of whether, and on what legal grounds, the government can be held liable when children are abused by their foster parents in the government-administered foster care system. The essential facts, set out in greater detail by McLachlin C.J., are that K.L.B., P.B., H.B. and V.E.R.B. were abused in two foster homes in which they were placed successively in the late 1960s. The Chief Justice discusses numerous potential heads of government liability: (1) direct negligence by the government; (2) vicarious liability of the government for the torts of the foster parents; (3) breach of non-delegable duty by the government; and (4) breach of fiduciary duty by the government. McLachlin C.J. also discusses whether the claims are barred by the *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996,

enfants de leur estime de soi, ni n'empêche automatiquement les parents d'offrir à leurs enfants un foyer aimant et propice à leur développement. Cependant, rien n'indique en l'espèce que la juge Dillon ait fait reposer sa conclusion sur de telles prémisses injustifiées, plutôt que sur une juste appréciation des faits dont elle disposait.

Les appelants ont également contesté le montant de dommages-intérêts attribué par la juge de première instance au motif connexe qu'il ne tenait pas suffisamment compte de divers éléments de preuve soumis à son appréciation. Son évaluation de la preuve relevant de l'appréciation des faits, un tribunal d'appel ne peut pas l'annuler à moins d'une « erreur manifeste et dominante » : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802. Il y a lieu de confirmer les constatations de fait de la juge de première instance et les inférences qu'elle a tirées des faits quant au montant approprié de dommages-intérêts.

IV. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. La seule cause d'action utile aux appelants est la responsabilité directe pour négligence, et la Cour d'appel a jugé à bon droit qu'elle était prescrite.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR — Il s'agit en l'espèce de savoir sur quels fondements juridiques l'État pourrait, le cas échéant, être tenu responsable des mauvais traitements qu'infligent les parents de famille d'accueil aux enfants qui leur sont confiés dans le cadre du système gouvernemental de placement en famille d'accueil. Les faits qu'a relatés plus en détail la juge en chef McLachlin établissent essentiellement que K.L.B., P.B., H.B. et V.E.R.B. ont fait l'objet de mauvais traitements dans les deux foyers d'accueil dans lesquels ils ont été successivement placés à la fin des années 60. La Juge en chef examine divers chefs potentiels de responsabilité de l'État : (1) la négligence directe de l'État; (2) la responsabilité du fait d'autrui de l'État pour les délits commis par les parents de famille d'accueil; (3) le

c. 266, and the proper bases for assessing damages. I substantially agree with the Chief Justice's analysis as to each of these matters, except vicarious liability and damages. In my view, the government is vicariously liable for the abuse suffered by the appellants in foster care. However, for the reasons given by the Chief Justice, I find the claims are barred by the *Limitation Act*. As a result, I find it unnecessary to decide issues related to damages.

I. Vicarious Liability

The Chief Justice holds that the relationship between the state and foster parents is not sufficiently close to justify holding the government vicariously liable for the abuse suffered by the appellants in foster care. I am in general agreement with her that the central question, when determining whether a relationship is close enough to justify the imposition of vicarious liability in the context of a non-profit enterprise, is whether the tortfeasor was acting on his or her own behalf or acting on behalf of the defendant. I disagree, however, as to the outcome of the inquiry in this case. In my view the relevant factors, properly weighed, indicate that foster parents do in fact act on behalf of the government when they care for foster children. I also find that the policy goals that justify vicarious liability, namely just compensation and deterrence of future harm, are served by finding vicarious liability in the present circumstances.

The doctrine of vicarious liability holds a person, even though he or she may have committed no personal fault, liable for the wrongful acts of another. In *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 29, McLachlin J. (as she then was) summarized main

manquement de l'État à une obligation intransmissible; (4) le manquement de l'État à une obligation fiduciaire. La juge en chef McLachlin aborde également la question de savoir si les demandes sont prescrites par la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 266, et les critères qu'il convient d'appliquer pour fixer le montant des dommages-intérêts. Pour l'essentiel, je fais mienne l'analyse de la Juge en chef sur chacune de ces questions, sauf en ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui et les dommages-intérêts. À mon avis, l'État engage sa responsabilité du fait d'autrui pour les mauvais traitements qu'ont subis les appelants dans ces familles. Cependant, pour les motifs qu'a exposés la Juge en chef, j'estime que les demandes sont prescrites par la *Limitation Act*. Il m'apparaît donc inutile de me prononcer sur les questions liées aux dommages-intérêts.

I. La responsabilité du fait d'autrui

De l'avis de la Juge en chef, la relation qu'entretient l'État avec les parents de famille d'accueil n'est pas suffisamment étroite pour fonder sa responsabilité du fait d'autrui pour les mauvais traitements dont les appelants ont fait l'objet dans ces familles. Je conviens généralement avec elle que, pour déterminer si une relation est suffisamment étroite pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui dans le cas d'une entreprise sans but lucratif, il faut essentiellement se demander si l'auteur du délit agissait en son nom ou au nom du défendeur. Je ne peux cependant me rallier au résultat de l'analyse en l'espèce. Selon moi, appréciés comme il se doit, les facteurs pertinents révèlent que les parents d'accueil agissent effectivement au nom de l'État lorsqu'ils prennent soin des enfants qu'on leur a confiés. Je suis également d'avis que l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce sert les principes directeurs qui la sous-tendent, à savoir la juste indemnisation et la dissuasion.

Suivant la règle de la responsabilité du fait d'autrui, une personne est responsable des actes fautifs commis par autrui, et ce, même en l'absence d'une faute personnelle de sa part. Dans *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, la juge McLachlin

policy considerations underlying vicarious liability as, first, fair compensation and, second, deterrence of harm. Vicarious liability facilitates compensation to the victim, who can seek indemnification from the potentially deeper pockets of the defendant. Part of what makes vicarious liability fair is that a faultless person is held liable only where risks inherent in his or her enterprise materialize and cause harm. As McLachlin J. explained in *Bazley, supra*, at para. 31:

Vicarious liability is arguably fair in this sense. The employer puts in the community an enterprise which carries with it certain risks. When those risks materialize and cause injury to a member of the public despite the employer's reasonable efforts, it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss. This accords with the notion that it is right and just that the person who creates a risk bear the loss when the risk ripens into harm.

McLachlin J. confirmed that this rationale applies even in the non-profit setting: *Bazley, supra*, at paras. 49-51. As to deterrence, the theory is that vicarious liability encourages employers and others who may be subject to vicarious liability to take extra measures, beyond what is required to avoid direct liability in negligence, to reduce the risk of future harm: *Bazley, supra*, at paras. 32-34.

67

The law provides two requirements for the imposition of vicarious liability which ensure that such liability is imposed so as to further its policy objectives. First, the relationship between the tortfeasor and the principal must be sufficiently close that the tortfeasor's activities can properly be regarded as a part of the defendant's enterprise. Second, the wrongful act must be sufficiently connected to the tortfeasor's assigned tasks that it can fairly be said that the defendant is the one who created the risk of harm. Each of these requirements helps ensure that people are only held

(maintenant Juge en chef) a résumé au par. 29 les principales considérations de politique générale à la source de la responsabilité du fait d'autrui : d'abord, une juste indemnisation et, ensuite, la dissuasion. La responsabilité du fait d'autrui facilite l'indemnisation de la victime, en lui permettant de poursuivre un défendeur dont la bourse est peut-être mieux garnie. Le caractère équitable de la responsabilité du fait d'autrui est notamment assuré par le fait qu'une personne non fautive n'est tenue responsable que lorsque les risques inhérents à son entreprise se matérialisent et causent un préjudice. La juge McLachlin l'explique en ces termes dans l'arrêt *Bazley*, précité, par. 31 :

Dans ce sens, il est possible de soutenir que la responsabilité du fait d'autrui est équitable. L'employeur implante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l'employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l'organisme qui a créé l'entreprise et, en conséquence, le risque. Cela concorde avec l'idée qu'il est juste et équitable que la personne à l'origine d'un risque assume la perte qui résulte quand le risque se matérialise et cause un préjudice.

La juge McLachlin a confirmé que cette logique s'appliquait même aux organismes sans but lucratif : *Bazley*, précité, par. 49-51. Quant à la dissuasion, la théorie veut que la responsabilité du fait d'autrui incite les employeurs et d'autres personnes susceptibles de voir leur responsabilité engagée à ce titre à prendre des précautions supplémentaires, au-delà de ce qui est requis pour éviter la responsabilité directe pour négligence, afin de réduire le risque de préjudice futur : *Bazley*, précité, par. 32-34.

Le droit assujettit l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à deux conditions préalables qui visent à en promouvoir les objectifs directeurs. Premièrement, la relation entre l'auteur du délit et le commettant doit être suffisamment étroite pour qu'on puisse valablement considérer que les activités de l'auteur du délit s'inscrivent dans le cadre de l'entreprise du défendeur. Deuxièmement, l'acte fautif doit se rapporter suffisamment aux tâches assignées à l'auteur du délit pour qu'on puisse affirmer, en toute objectivité, que le défendeur a créé le risque de préjudice. Chacune de ces conditions vise

liable for risks that they introduce into the community and that vicarious liability is imposed in circumstances where there is a real possibility for the defendant to take effective measures to deter harm.

The main issue in this case is whether the relationship between the government and the foster parents is sufficiently close for vicarious liability to be imposed. I turn to this question now.

A. *Is the Relationship Between the Government and Foster Parents Close Enough to Attract Vicarious Liability?*

(1) The Test

How do we know if the relationship between the government and the foster parents is sufficiently close to justify the imposition of vicarious liability? Although the employer/employee relationship continues to be the most common relationship to attract vicarious liability, the categories of relationships that can attract vicarious liability “are neither exhaustively defined nor closed”: *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983, 2001 SCC 59, at para. 25. In addition, as McLachlin C.J. points out, the existence of a contract referring to the parties as employer and employee is not determinative; rather, a functional inquiry into the nature of the relationship must be conducted.

In *Sagaz*, this Court considered the appropriate test to determine whether a commercial relationship was sufficiently close to attract vicarious liability. The question in that case was whether the tortfeasor, who assisted in marketing the defendant’s sheepskin car seat covers, was an employee of the defendant or an independent contractor. In seeking the appropriate test, Major J. noted that the employee/contractor distinction arises in a variety of legal contexts, including the applicability of employment legislation, the availability of actions for wrongful dismissal, the assessment of business and income taxes and others. After reviewing various tests emerging

à faire en sorte que les gens ne soient tenus responsables que des risques auxquels ils exposent la collectivité et que la responsabilité du fait d’autrui ne soit retenue que lorsqu’il était réellement possible pour le défendeur de prendre des mesures efficaces pour empêcher le préjudice.

Dans la présente espèce, il s’agit principalement de savoir si la relation entre l’État et les parents de famille d’accueil est suffisamment étroite pour justifier l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui. Je passe à présent à cette question.

A. *La relation entre l’État et les parents de famille d’accueil est-elle suffisamment étroite pour engager la responsabilité du fait d’autrui?*

(1) Le critère

Comment peut-on savoir si la relation qu’entretient l’État avec les parents de famille d’accueil est suffisamment étroite pour justifier l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui? Bien que la relation employeur/employé demeure le cadre privilégié de la responsabilité du fait d’autrui, les catégories de relations qui y donnent ouverture « ne [sont] ni définies de manière exhaustive ni limitatives » : *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983, 2001 CSC 59, par. 25. En outre, comme l’a fait remarquer la Juge en chef, l’existence d’un contrat désignant les parties à titre d’employeur et d’employé n’est pas déterminante; il faut plutôt entreprendre une analyse fonctionnelle de la nature de la relation en cause.

Dans l’arrêt *Sagaz*, notre Cour s’est penchée sur le critère qu’il convenait d’appliquer pour déterminer si une relation commerciale était suffisamment étroite pour engager la responsabilité du fait d’autrui. Il s’agissait alors de savoir si l’auteur du délit, dont les services avaient été retenus par la défenderesse pour aider à la commercialisation de ses housses de siège d’auto en peau de mouton, était un employé de celle-ci ou un entrepreneur indépendant. Tentant de dégager le critère approprié, le juge Major a noté qu’on recourait à la distinction employé/entrepreneur dans divers contextes juridiques, notamment lorsqu’il s’agit d’appliquer des

68

69

70

from diverse areas of case law, he concluded that “there is no universal test to determine whether a person is an employee or an independent contractor”: *Sagaz*, *supra*, at para. 47. He cited, at para. 46, the following passage from P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at p. 38:

[I]t is exceedingly doubtful whether the search for a formula in the nature of a single test for identifying a contract of service any longer serves a useful purpose The most that can profitably be done is to examine all the possible factors which have been referred to in these cases as bearing on the nature of the relationship between the parties concerned. Clearly not all of these factors will be relevant in all cases, or have the same weight in all cases. Equally clearly no magic formula can be propounded for determining which factors should, in any given case, be treated as the determining ones. [Emphasis added.]

71

The focus of the inquiry adopted by Major J. in *Sagaz*, at para. 47, was “whether the person who has been engaged to perform the services is performing them as a person in business on his own account”. I agree with the Chief Justice in this case that this test must be modified for the non-commercial context of the government-administered foster care system. Unlike her, however, I would not ask whether the tortfeasor was acting “on his own account”. This language, deriving as it does from the commercial context, suggests that there is a chance of profit here. Financial risk may be a relevant factor in determining whether a tortfeasor can be categorized as an employee rather than an independent contractor in a commercial context, but the concept has no place in the present inquiry. Instead, I would ask simply whether the foster parents, when they care for foster children, act on behalf of the government. In my view, expressing the inquiry in this way allows the underlying objective of the *Sagaz* inquiry — to ensure that vicarious liability is imposed where the activity that gave rise to the harm can fairly be attributed to the

lois sur l’emploi, de déterminer si une action pour congédiement injustifié peut être intentée, d’établir des cotisations en matière d’impôt sur le revenu ou de taxe d’affaires, etc. Après avoir passé en revue divers critères établis par les tribunaux dans divers domaines, il est arrivé à la conclusion qu’« aucun critère universel ne [permet] de déterminer si une personne est un employé ou un entrepreneur indépendant » : *Sagaz*, précité, par. 47. Il a cité, au par. 46, l’extrait suivant tiré de l’ouvrage de P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), p. 38 :

[TRADUCTION] [N]ous doutons fortement qu’il soit encore utile de chercher à établir un critère unique permettant d’identifier les contrats de louage de services [. . .] La meilleure chose à faire est d’étudier tous les facteurs qui ont été considérés dans ces causes comme des facteurs influant sur la nature du lien unissant les parties. De toute évidence, ces facteurs ne s’appliquent pas dans tous les cas et n’ont pas toujours la même importance. De la même façon, il n’est pas possible de trouver une formule magique permettant de déterminer quels facteurs devraient être tenus pour déterminants dans une situation donnée. [Je souligne.]

L’analyse que le juge Major a entreprise dans l’arrêt *Sagaz*, par. 47, portait sur la question de savoir « si la personne qui a été engagée pour fournir les services les fournit en tant que personne travaillant à son compte ». Je conviens avec la Juge en chef en l’espèce que ce critère doit être modifié pour tenir compte du contexte non commercial dans lequel s’inscrit le système de placement en famille d’accueil administré par l’État. Contrairement à elle, cependant, je ne me demanderais pas si l’auteur du délit agissait « à son compte ». Cette formulation, dérivée du contexte commercial, laisse entrevoir une possibilité de profit en l’occurrence. Le risque financier peut certes s’avérer un facteur pertinent lorsqu’il s’agit de donner à l’auteur du délit le statut d’employé ou d’entrepreneur indépendant dans un contexte commercial, mais cette notion n’a pas sa place dans la présente analyse. Je poserais plutôt simplement la question de savoir si les parents de famille d’accueil agissent au nom de l’État lorsqu’ils prennent soin des enfants qu’on leur a confiés. À mon avis, formuler la question en ces termes permet d’articuler utilement, dans le présent contexte, l’objectif sous-tendant l’analyse dans l’arrêt

defendant — to be meaningfully expressed in the present context.

This case marks the first time this Court has been called upon to consider the relevant factors for determining whether foster parents act on behalf of the government for vicarious liability purposes. As I set out below, the factors that are relevant to this inquiry will not be the same as the factors that are relevant under a vicarious liability analysis in the commercial context.

The most important factor in any vicarious liability claim has always been the level of control that the defendant has over the tortfeasor's actions: Atiyah, *supra*, at p. 36. Indeed, in *Sagaz*, Major J. stated that "the level of control the employer has over the worker's activities will always be a factor" (para. 47 (emphasis added)). In my view, the level of control that the government has over the foster parents is the most important indicator of whether foster parents can be seen as acting on behalf of government.

Other factors identified as relevant in *Sagaz*, *supra*, at para. 47, including whether the worker provides his or her own equipment, whether the worker hires his or her own helpers, the degree of financial risk taken by the worker, the degree of responsibility for investment and management held by the worker, and the opportunity for profit in the performance of his or her tasks, are less relevant and, in some cases, inapplicable. Each of these factors relates, to greater or lesser degrees, to the risk of profit or loss. In the commercial context, the tortfeasor's chance of profit or loss provides a useful indicator of whether a tortfeasor was acting on behalf of the defendant or acting on his or her own account. Reliance on chance of profit or loss also reflects the policy concern, absent in this context, that it would be unfair to hold a person liable for the acts of another where the other stood to profit: see *Sagaz*, *supra*, at para. 35. Where, as here, profit is not a relevant factor and the focus of the inquiry is simply whether the tortfeasor acted on behalf of the defendant, these factors

Sagaz — faire en sorte que l'activité dommageable n'emporte responsabilité du fait d'autrui que lorsqu'elle est à juste titre imputable au défendeur.

À l'occasion du présent pourvoi, notre Cour est appelée pour la première fois à apprécier les facteurs permettant de décider si, sous l'angle de la responsabilité du fait d'autrui, les parents de famille d'accueil agissent au nom de l'État. Comme je l'expose plus loin, les facteurs pertinents à cet égard ne sont pas identiques à ceux qui entrent en considération dans l'analyse de cette responsabilité dans un contexte commercial.

Dans une action en responsabilité du fait d'autrui, le facteur le plus important a toujours été le degré de contrôle qu'exerce le défendeur sur les actes de l'auteur du délit : Atiyah, *op. cit.*, p. 36. Dans l'arrêt *Sagaz*, le juge Major a déclaré qu'« il faut toujours prendre en considération le degré de contrôle que l'employeur exerce sur les activités du travailleur » (par. 47 (je souligne)). À mon avis, le degré de contrôle qu'exerce l'État sur les parents de famille d'accueil constitue l'indice le plus important pour savoir s'ils peuvent être considérés comme agissant au nom de l'État.

D'autres facteurs parmi ceux dont la pertinence a été relevée dans l'arrêt *Sagaz*, précité, par. 47 — notamment si le travailleur fournit son propre outillage, s'il engage lui-même ses assistants, quelle est l'étendue de ses risques financiers, jusqu'à quel point il est responsable des mises de fonds et de la gestion et jusqu'à quel point il peut tirer profit de l'exécution de ses tâches —, sont moins pertinents et, dans certains cas, ne s'appliquent pas. Chacun de ces facteurs se rapporte dans une certaine mesure à la possibilité de profit ou au risque de perte. Dans le contexte commercial, le profit que peut faire l'auteur du délit ou les pertes qu'il risque d'encourir constituent un indice utile pour savoir s'il agissait au nom du défendeur ou à son compte. Cet indice reflète également la considération de politique générale, qui ne s'applique pas dans le présent contexte, selon laquelle il serait injuste d'imputer à une personne la responsabilité des actes d'une autre qui escomptait un profit : voir *Sagaz*, précité, par. 35. Dans une situation comme celle en l'espèce, où la possibilité de profit ne

72

73

74

will not be helpful and should be given little or no weight.

75 In addition to control, it is my view that the victim's and the community's reasonable perception of who is ultimately responsible for the safety of children in foster care is helpful to determine whether foster parents act on the government's behalf.

(2) Application of the Test

76 For the reasons that follow, I conclude that the government has sufficient power of control over the foster parents' activities to justify finding vicarious liability. It is important to emphasize that it is the right of control, rather than its actual exercise, which is relevant to a vicarious liability analysis: *Yewens v. Noakes* (1880), 6 Q.B.D. 530 (C.A.), at pp. 532-33; see also R. Flannigan, "Enterprise control: The servant-independent contractor distinction" (1987), 37 *U.T.L.J.* 25, at p. 37. The question is not, therefore, the extent to which the government in fact intervenes in the activities of foster parents, or even the extent to which it would be advisable to intervene in any given case. Rather, the question is to what extent the government has the power to control the activities of foster parents. The record reveals that the Superintendent, who remains the legal guardian of children placed in foster care (see the *Protection of Children Act*, R.S.B.C. 1960, c. 303, s. 8(12)), in fact retains a significant right of control over the parenting activities of foster parents.

77 The most important source for information about the government's right of control over the foster parents is the contract which sets out the terms of the foster care arrangement, the Foster Home Agreement ("the Agreement"). The Agreement requires foster parents to "[m]aintain, feed, clothe and lodge any children [placed in foster care], send them to school, obtain medical and dental care, promote and maintain moral and intellectual well-being, and care for any children so placed as if they were members of the foster parents' family." This

constitue pas un facteur pertinent et où l'analyse consiste simplement à savoir si l'auteur du délit a agi au nom du défendeur, ces facteurs ne sont pas utiles et on ne devrait leur accorder que peu ou pas de poids.

Outre la question du degré de contrôle, il m'apparaît utile, pour décider si les parents d'accueil agissent au nom de l'État, de savoir qui la victime et la collectivité perçoivent raisonnablement comme responsable en bout de ligne de la sécurité des enfants en foyer d'accueil.

(2) Application du critère

Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'État jouit d'un pouvoir de contrôle suffisant sur les activités des parents de famille d'accueil pour que lui soit imputée la responsabilité du fait d'autrui. Il importe de souligner que c'est le droit de contrôle, plutôt que son exercice réel, qui s'avère pertinent dans le cadre d'une analyse de la responsabilité du fait d'autrui : *Yewens c. Noakes* (1880), 6 Q.B.D. 530 (C.A.), p. 532-533; voir également R. Flannigan, « Enterprise control : The servant-independent contractor distinction » (1987), 37 *U.T.L.J.* 25, p. 37. Il ne s'agit donc pas de déterminer, dans les faits, le degré d'intervention de l'État dans les activités des parents d'accueil, ni même d'en apprécier l'opportunité dans une situation donnée. Il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure l'État a le pouvoir de contrôler les activités des parents d'accueil. Or le dossier révèle que le surintendant, qui demeure le tuteur légal des enfants placés en foyer d'accueil (voir la *Protection of Children Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 303, par. 8(12)), conserve dans les faits un droit de contrôle important sur les activités parentales des familles d'accueil.

La plus importante source de renseignements sur le droit de contrôle dont dispose l'État à l'égard des parents d'accueil est le contrat intitulé Foster Home Agreement (« l'entente »), qui énonce les modalités du placement en famille d'accueil. Suivant l'entente, les parents de famille d'accueil doivent [TRADUCTION] « [e]ntretenir, nourrir, habiller et héberger les enfants [placés en foyer d'accueil], les envoyer à l'école, s'assurer qu'ils reçoivent des soins médicaux et dentaires, favoriser et maintenir leur bien-être moral et intellectuel,

clause would indicate that foster parents have significant independent control over foster children's activities. However, the Agreement also requires the foster parents to "[r]ecognize at all times the Superintendent's right to plan for any children so placed" (emphasis added); and that the parents "[e]nsure that any children so placed shall not be visited by anyone, regardless of relationship to any children so placed, unless the Superintendent has given permission to the foster parents for this visit."

The 1965 foster parents' manual, prepared by the Department of Social Welfare, reflects the ongoing right of control retained by the social workers who act on behalf of the Superintendent. The foreword to the manual states: "This Manual describes how the Department of Social Welfare shares this responsibility [of caring for children in foster care] with foster-parents and also how we can work and plan together to help each child entrusted to our care." The manual also states, for example, with respect to dental care, that "[t]he social worker will plan the appointment with [the foster parents] and arrange with the dentist the method of payment" (p. 7). Where there are special purchases that are required (the example referred to in the manual is a Boy Scout or Girl Guide uniform) "[t]hese can be obtained for foster-children, but we ask you to discuss the plan with the social worker before making the purchase. Sometimes a parent or interested relative would like to participate, or there may be special funds available from which the purchase can be made" (p. 8). The manual provides that arrangements for visiting with the foster child's own parents are to be made with the social worker. As to education, the manual asks parents to "[e]ncourage [their] foster-child to talk with members of his foster-family and his social worker about his interests and ambitions. As in other things, our funds are limited, but if we plan carefully together and well in advance, no child need be disappointed in his hopes for future education or training" (pp. 10-11). Finally, as to holiday trips, the manual asks that foster parents inform the Department about where they are

et en prendre soin au même titre que s'ils faisaient partie de leur propre famille. » Cette clause tend à indiquer que les parents d'accueil exercent un contrôle indépendant important sur les activités des enfants qu'ils hébergent. Cependant, l'entente oblige aussi les parents d'accueil à [TRADUCTION] « [r]econnaître en tout temps le droit du surintendant d'établir des plans pour tout enfant confié à leurs soins » (je souligne) et à [TRADUCTION] « [s]'assurer que tout enfant ainsi placé ne reçoive aucun visiteur, peu importe le lien avec l'enfant, à moins que le surintendant n'ait acquiescé à cette visite. »

Le manuel des parents de famille d'accueil préparé en 1965 par le Department of Social Welfare met en lumière le droit de contrôle permanent que conservent les travailleurs sociaux agissant au nom du surintendant. On peut y lire en avant-propos : [TRADUCTION] « Le présent guide décrit la manière dont le Department of Social Welfare partage cette responsabilité [de prendre soin des enfants placés en foyer d'accueil] avec les parents des familles d'accueil, ainsi que la manière dont il peut collaborer avec eux pour aider chaque enfant qui leur est confié et planifier en conséquence. » En matière de soins dentaires par exemple, le guide prévoit que [TRADUCTION] « [l]e travailleur social s'entendra avec [les parents d'accueil] pour le rendez-vous et réglera avec le dentiste les modalités de paiement » (p. 7). Lorsque des achats spéciaux s'imposent (le guide cite l'exemple d'un uniforme pour les scouts ou les guides), [TRADUCTION] « [c]es achats peuvent être effectués pour les enfants, mais nous vous demandons d'en discuter au préalable avec le travailleur social. Il se peut qu'un parent ou un proche intéressé veuille y contribuer, ou qu'on puisse faire appel à des fonds spéciaux » (p. 8). Le guide prévoit que les parents naturels de l'enfant en foyer d'accueil désireux de lui rendre visite doivent prendre des arrangements avec le travailleur social. En ce qui concerne l'éducation, on demande aux parents d'[TRADUCTION] « [e]ncourager l'enfant qui leur est confié à discuter avec les membres de sa famille d'accueil et avec son travailleur social de ses intérêts et de ses ambitions. Comme pour bien des choses, nos moyens sont limités, mais avec une planification conjointe et soignée, établie bien à l'avance, il

going and for how long. These examples indicate that the care of children in foster homes is very much a joint exercise shared by the government and the foster parents.

79

It is clear that the government, as the legal guardian of foster children and by the terms of the government's arrangement with foster parents, maintains ongoing control, or at the very least an ongoing right of control, over the care of children living in foster homes. This right of control over the children's activities clearly entails a right of control over foster parents' activities *vis-à-vis* the children. While foster parents do control the organization and management of their household to the extent permitted by government standards, I do not agree with McLachlin C.J.'s statement at para. 23 that "[t]he government does not supervise or interfere, except to ensure that the child and the foster parents meet regularly with their social workers, and to remove the child if his or her needs are not met." The government does indeed supervise via the social workers, and may interfere to a significant degree, precisely to ensure that the child's needs are being met.

80

A secondary factor indicating that foster parents act on behalf of the government, in addition to the government's ongoing right of involvement in the care of foster children, is the perception that children have of who in fact is ultimately responsible for their well-being. It is relevant to note here that foster care is by nature a temporary arrangement. Although the record does not contain detailed information on this point, it is clear that the relationship between foster parents and foster children is a more transient relationship than the usual parent/child relationship. It is fair to assume that some

n'y a aucune raison pour qu'un enfant ne réalise pas l'espoir qu'il nourrit de faire un jour des études ou de recevoir une formation » (p. 10-11). Enfin, s'ils projettent d'amener les enfants en voyage pour les vacances, les parents d'accueil sont priés d'aviser le ministère de leur destination et de la durée de leur absence. Ces exemples illustrent à quel point la prestation de soins aux enfants en famille d'accueil est affaire de responsabilité conjointe entre l'État et les parents d'accueil.

Il est clair qu'à titre de tuteur légal des enfants placés en famille d'accueil et suivant les modalités dont il a convenu avec les parents d'accueil, l'État conserve un contrôle permanent — ou à tout le moins un droit de contrôle permanent — sur les soins donnés aux enfants hébergés dans ces foyers. Ce droit de contrôle sur les activités des enfants emporte clairement un droit de contrôle sur les activités qu'ont les parents de famille d'accueil avec les enfants. Quoique les parents de famille d'accueil exercent effectivement un contrôle sur l'organisation et la gestion de leur foyer dans la mesure permise par les normes gouvernementales, je ne peux souscrire aux propos de la juge en chef McLachlin, au par. 23, selon lesquels « [l]'État n'exerce aucune surveillance ni n'intervient à cet égard, sauf pour s'assurer que l'enfant et les parents de famille d'accueil rencontrent régulièrement leurs travailleurs sociaux et pour retirer l'enfant de la famille si ses besoins ne sont pas comblés. » L'État exerce bel et bien une surveillance par l'entremise des travailleurs sociaux, et il peut intervenir dans une large mesure, précisément pour s'assurer que les besoins de l'enfant sont comblés.

Outre le droit d'intervention permanent dont jouit l'État dans la prestation des soins aux enfants placés en famille d'accueil, un deuxième facteur milite en faveur de la thèse voulant que les parents de famille d'accueil agissent au nom de l'État : la personne que les enfants perçoivent comme responsable de leur bien-être en bout de ligne. Il convient de noter ici que le placement en famille d'accueil est un arrangement de nature temporaire. Bien que le dossier ne contienne aucun détail à ce sujet, il est manifeste que la relation qu'entretiennent les parents de famille d'accueil avec les enfants confiés à leur

children may stay with a given foster family for many years, while others may remain in a given foster home only for a number of months. While foster parents are certainly not babysitters (who would surely qualify as employees and meet this branch of the test for vicarious liability), they are not adoptive parents either. They fall somewhere in between. Where children stay successively in a number of homes for relatively short periods, the government may — through assigned social workers — remain the only steady authority figure for foster children. In such circumstances, foster parents may well be perceived as acting on behalf of the government by the foster children, and by the larger community.

I have set out the reasons supporting my view that the relationship between the government and foster parents is closer than the Chief Justice finds it to be. But is the relationship sufficiently close to support a finding of vicarious liability? There is no clear place to draw the line. Atiyah observes that “in marginal situations, it is reasonable . . . to keep in mind the general policy considerations underlying the whole doctrine”: Atiyah, *supra*, at p. 38. Similarly, in *Sagaz*, *supra*, Major J. stated, at para. 30: “Identification of the policy considerations underlying the imposition of vicarious liability assists in determining whether the doctrine should be applied in a particular case.”

A useful indicator of whether the relationship between government and foster parents is sufficiently close to justify vicarious liability is whether the imposition of vicarious liability could in fact deter harm to children.

McLachlin C.J. suggests that imposing vicarious liability would not deter harm to children apparently on the basis that any government control over foster parents’ activities would undermine their

garde est plus passagère que l’habituelle relation parent/enfant. On peut raisonnablement supposer que certains enfants demeureront plusieurs années dans la même famille d’accueil, alors que d’autres n’y demeureront que quelques mois. Si les parents d’accueil ne sont assurément pas des gardiens d’enfants (lesquels auraient à coup sûr le statut d’employés et satisferaient à ce volet du critère de la responsabilité du fait d’autrui), ce ne sont pas non plus des parents adoptifs. Ils se situent quelque part entre ces deux réalités. Pour les enfants qui vont de foyer d’accueil en foyer d’accueil pour des périodes relativement courtes, l’État peut — en la personne des travailleurs sociaux désignés — représenter la seule figure d’autorité qui soit constante. En pareil cas, il se peut fort bien que les parents de famille d’accueil soient perçus, tant par les enfants qui leur sont confiés que par l’ensemble de la collectivité, comme agissant au nom de l’État.

J’ai exposé les motifs pour étayer mon point de vue selon lequel la relation entre l’État et les parents de famille d’accueil est plus étroite que la Juge en chef ne le conclue. Mais est-elle suffisamment étroite pour fonder la responsabilité du fait d’autrui? La ligne de démarcation n’est pas évidente. Comme le fait observer Atiyah, [TRADUCTION] « dans des situations limites, il convient [. . .] de garder à l’esprit les considérations de politique générale qui sous-tendent la règle dans son ensemble » : Atiyah, *op. cit.*, p. 38. De même, dans l’arrêt *Sagaz*, précité, le juge Major a dit, au par. 30 : « La détermination des considérations de politique générale qui sous-tendent l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui aide à décider s’il y a lieu d’appliquer la règle dans un cas donné. »

Pour déterminer si la relation entre l’État et les parents de famille d’accueil est suffisamment étroite pour engager la responsabilité du fait d’autrui, il est utile de se demander si l’imputation de cette responsabilité pourrait en réalité prévenir l’infliction de sévices aux enfants.

Selon la juge en chef McLachlin, l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui n’aurait pas d’effet dissuasif parce que, semble-t-il, tout contrôle exercé par l’État sur les activités des parents de

81

82

83

effectiveness as parents. I do not agree. The kind of measures that the government would likely implement as a response to the threat of vicarious liability would not render foster parents “unable to deliver the spontaneous, loving responses and guidance that the children need” (para. 24). On the contrary, social workers can work together with parents and children in a manner that can reduce the likelihood of abuse and help foster parents give better care to children. For example, social workers would want to discuss with foster parents the limits of appropriate discipline. They may discuss risk factors for abuse, and signs and symptoms of abuse with foster families. This may make a potentially abusive parent aware that abusive behaviour is likely to be detected. Explicitness about acceptable and non-acceptable behaviour might also encourage prompt detection and reporting of one foster parent’s abusive behaviour by the other, non-abusive foster parent. Finally, discussions with children about abuse and about the importance of maintaining open communication with social workers may also help reduce the likelihood of ongoing abuse continuing undetected. Foster children should be informed that if anything is unsatisfactory in their foster care placement, particularly if there is abuse in the home, they can and should tell the Superintendent, via their social workers.

famille d’accueil minerait leur efficacité en tant que parents. Je ne suis pas de cet avis. Le type de mesures que prendrait vraisemblablement l’État en réaction à la menace de responsabilité du fait d’autrui ne mettrait pas les parents de famille d’accueil dans une situation où « ils ne pourraient s’occuper des enfants et les guider avec la spontanéité et l’amour dont ils ont besoin » (par. 24). Au contraire, les travailleurs sociaux peuvent travailler de pair avec les parents et les enfants de manière à diminuer la probabilité d’abus et à aider les parents à mieux prendre soin des enfants. Par exemple, les travailleurs sociaux pourraient vouloir discuter avec les parents d’accueil des limites d’une discipline acceptable. Ils peuvent discuter avec eux des facteurs de risque menant à la violence, ainsi que des signes et des symptômes qui la laissent présager. Cette démarche peut faire prendre conscience au parent potentiellement violent de la probabilité qu’on détecte chez lui tout comportement violent. Être explicite sur ce qui est acceptable et ce qui ne l’est pas peut également pousser le parent d’accueil non violent à détecter rapidement et à signaler tout comportement violent de l’autre parent. Enfin, discuter avec les enfants des mauvais traitements et de l’importance de maintenir un lien de communication avec les travailleurs sociaux peut également aider à diminuer la probabilité que les mauvais traitements qui persistent continuent de passer inaperçus. Les enfants placés en foyer d’accueil devraient être avisés qu’ils peuvent et devraient, par l’entremise des travailleurs sociaux chargés de leur cas, signaler au surintendant tout aspect insatisfaisant de leur placement, particulièrement s’ils font l’objet de mauvais traitements.

84

None of these measures would interfere with the foster parents’ ability to maintain their position as authority figures. The government does not have to require foster parents to check with the state before making day-to-day decisions in order to exercise the kind of control that would help protect foster children from abuse, contrary to McLachlin C.J.’s assertion. Rather, the state can choose to exercise its right of control where doing so would reduce the risk of harm. It is for the government to weigh whether a given measure will reduce harm without being overly intrusive. For example, installing video cameras in foster homes might reduce the risk of harm,

Aucune de ces mesures n’entraverait la capacité des parents de famille d’accueil de maintenir leur statut de figures d’autorité. Pour exercer le type de contrôle susceptible d’aider à mettre les enfants en foyer d’accueil à l’abri de la violence, l’État n’a pas à exiger des parents d’accueil qu’ils le consultent avant de prendre les décisions ordinaires de la vie quotidienne, contrairement à ce qu’affirme la juge en chef McLachlin. L’État peut plutôt choisir d’exercer son droit de contrôle lorsque le risque de préjudice s’en trouverait ainsi diminué. Il appartient à l’État d’apprécier si une mesure donnée diminuera le risque de préjudice sans pour autant être trop

but would on balance be detrimental to the care of foster children. Regardless of which measures the government chooses to take to reduce the likelihood of harm, the point is that foster parents do not, and need not, operate so independently that the government can do nothing to control the risk of abuse to which the enterprise of foster care gives rise.

Indeed, over the years, the government has put many more protections in place to ensure that the foster care arrangement meets individual foster children's needs and to guard against abuse. Some protective measures are taken prior to the placement of children in foster homes, but many of them entail the ongoing involvement of social workers in the day-to-day lives of foster families.

The British Columbia government takes numerous measures before children are put in foster care to reduce the risk of abuse. For example, home studies must be done of each prospective foster home prior to placement. Foster parents are required to complete 53 hours of training that inform them not only of acceptable standards of parenting and the special needs of foster children, but also about ways in which they, as foster parents, can work together with the children's social workers: see the *Program Schedule and Registration Guide*, British Columbia Foster Care Education Program, Ministry of Children and Family Development; B.C. Federation of Foster Parent Associations, Fall 2002. This training includes education about appropriate ways of disciplining children: see the *Foster Family Handbook* (3rd ed. 2001), British Columbia Ministry for Children and Families; B.C. Federation of Foster Parent Associations (*"Handbook"*).

In addition, once children are placed in foster care, foster parents must meet with social workers and the child to develop an individualized Plan of Care for each child, to be reviewed every six

envahissante. Par exemple, l'installation de caméras vidéo dans les foyers d'accueil pourrait réduire le risque de préjudice, mais serait de toute évidence nuisible à l'égard des enfants qui y sont hébergés. Quelles que soient les mesures que l'État choisit de prendre pour diminuer la probabilité de préjudice, le fait est que les parents d'accueil n'agissent pas et n'ont pas à agir de manière à ce point indépendante que l'État ne puisse rien faire pour contrôler le risque d'abus auquel donne lieu l'entreprise qu'est le placement en foyer d'accueil.

En fait, au fil des ans, l'État a multiplié les mesures de protection pour s'assurer que le placement en foyer d'accueil réponde aux besoins des enfants qui en font l'objet et pour prévenir les abus. Certaines mesures de protection sont prises avant le placement, mais plusieurs d'entre elles supposent l'intervention continue des travailleurs sociaux dans la vie quotidienne des familles d'accueil.

Le gouvernement de la Colombie-Britannique prend bon nombre de mesures préalables au placement des enfants en famille d'accueil afin de réduire le risque d'abus. Par exemple, chaque foyer d'accueil potentiel doit faire l'objet d'une évaluation avant le placement. Les parents d'accueil sont tenus de suivre 53 heures de formation pour se renseigner non seulement sur les normes parentales acceptables et les besoins particuliers des enfants qui leur seront confiés, mais également sur les façons dont ils peuvent, en tant que parents d'accueil, travailler de pair avec les travailleurs sociaux des enfants : voir le *Program Schedule and Registration Guide*, British Columbia Foster Care Education Program, Ministry of Children and Family Development; B.C. Federation of Foster Parent Associations, automne 2002. Cette formation vise notamment à les informer des méthodes disciplinaires appropriées : voir le *Foster Family Handbook* (3rd ed. 2001), British Columbia Ministry for Children and Families; B.C. Federation of Foster Parent Associations (« *Handbook* »).

En outre, une fois les enfants placés chez eux, les parents d'accueil doivent rencontrer les travailleurs sociaux et chaque enfant pour élaborer un plan individualisé d'intervention qui doit être mis à jour tous

85

86

87

months. The Plan of Care always requires foster parents to keep records of the child's progress and daily routines including school-related issues, unusual behaviour, changes in the child's circumstances or routines, and any incident or development that might put the child at risk of harm. Foster parents are expected to make such entries daily. The records are property of the Ministry. (See *Handbook, supra*, at pp. 14-15.)

88

Finally, the British Columbia Government has developed mandatory standards for foster homes (see *Standards for Foster Homes*, British Columbia Ministry of Children and Family Development (2001) ("*Standards*"); see also the *Handbook*). These standards govern the behaviour of foster parents in some detail. For example, physical restraint is prohibited except to protect the child from physical harm. Children are to be informed that such restraint is prohibited. Foster parents are prohibited from allowing children over the age of one year to share a bedroom with an adult, unless stated otherwise in the Plan of Care. Foster parents are required to develop a household emergency response plan for fires, earthquakes, disasters and other emergencies. Emergency telephone numbers must be clearly displayed near the telephone. Medications, firearms, and other dangerous materials must be locked up. Social workers must be satisfied that any babysitters engaged by foster parents are capable of ensuring the safety and well-being of the child. The standards also require foster parents to tell children that they can discuss any matters or problems without reprisal with their foster parent, their social worker, or other government authorities such as the Child, Youth and Family Advocate. Foster parents are required to promptly report all information of significance to the safety and well-being of children to a social worker, and to provide any additional information that the social worker requires. Interestingly, the current standards recognize that the social worker has exclusive power to plan for the ongoing safety and well-being of the child after any reportable incidents, including allegations of abuse, marked behavioural changes, self-injurious or high-risk behaviour by the child

les six mois. Ce plan exige invariablement que les parents d'accueil prennent note des progrès accomplis par l'enfant ainsi que de sa routine quotidienne, notamment en ce qui concerne l'école, les comportements inhabituels, les changements survenus dans sa situation ou dans sa routine, et tout incident ou fait nouveau susceptible d'exposer l'enfant à un risque de préjudice. On s'attend à ce que les parents d'accueil consignent ces données sur une base quotidienne. Les dossiers demeurent la propriété du ministère. (Voir le *Handbook, op. cit.*, p. 14-15.)

Enfin, le gouvernement de la Colombie-Britannique a élaboré des normes obligatoires destinées aux foyers d'accueil (voir les *Standards for Foster Homes*, British Columbia Ministry of Children and Family Development (2001) (« *Standards* »); voir également le *Handbook*). Ces normes régissent la conduite des parents de famille d'accueil de façon assez détaillée. Par exemple, il est interdit aux parents d'accueil de recourir à la contrainte physique, à moins que ce soit pour mettre l'enfant à l'abri d'un préjudice physique. Les enfants doivent savoir qu'il n'est pas permis d'exercer une telle contrainte. Il est interdit aux parents d'accueil de laisser les enfants âgés de plus de un an partager une chambre avec un adulte, à moins d'indication contraire dans le plan d'intervention. Les parents d'accueil sont tenus d'élaborer un plan d'action pour la famille en cas d'urgence : incendie, tremblement de terre, catastrophe naturelle et autre urgence. Les numéros à composer en cas d'urgence doivent être clairement affichés près du téléphone. Les médicaments, armes à feu et autres articles dangereux doivent être mis sous clé. Les travailleurs sociaux doivent vérifier si les personnes embauchées par les parents d'accueil pour garder les enfants sont en mesure d'assurer leur sécurité et leur bien-être. Les normes obligent en outre les parents d'accueil à dire aux enfants qu'ils peuvent discuter de toute question ou de tout problème sans crainte de représailles avec eux, avec leur travailleur social ou avec d'autres représentants du gouvernement comme le *Child, Youth and Family Advocate*. Les parents de famille d'accueil doivent signaler promptement au travailleur social tout renseignement important se rapportant à la sécurité et au bien-être des enfants, et fournir tout autre renseignement qu'exige le

and “any other circumstance affecting the safety or well-being of a child or youth”: *Standards*, s. B.2.2.

To conclude on this point, the evidence reveals that as the government becomes aware of risks to children in foster care, it can respond, and has responded, by imposing rules and restrictions on how foster parents exercise their authority. These measures often involve continuing control over foster parents’ activities and yet they need not undermine foster parents’ relationships with foster children or deny foster children the experience of a real family. Rather, they reflect the reality that children in foster care remain the responsibility of the government, which is their legal guardian. Thus, it is my view that foster parents do in fact act on behalf of the government when they care for foster children and it is therefore fair to impose vicarious liability in this case.

Once it has been established that a relationship between a defendant and a tortfeasor is sufficiently close to attract vicarious liability, it must be determined whether the wrongful act was sufficiently connected to the tortfeasor’s assigned tasks for vicarious liability to be imposed. As I explain in the coming section, this Court’s decision in *Bazley* compels the conclusion that this second condition for the imposition of vicarious liability is met.

B. Are the Wrongful Activities Sufficiently Connected with the Tortfeasor’s Assigned Tasks?

In *Bazley*, *supra*, this Court considered whether a non-profit foundation operating a residential care facility for emotionally troubled children was

travailleur social. Fait intéressant, les normes actuelles reconnaissent au travailleur social le pouvoir exclusif de prendre des mesures en vue d’assurer la sécurité et le bien-être continus de l’enfant après tout incident à signaler, notamment les allégations d’abus, les changements de comportement marqués, les actes d’automutilation ou à haut risque que pose l’enfant et [TRADUCTION] « toute autre situation touchant la sécurité ou le bien-être d’un enfant ou d’un jeune » : *Standards*, art. B.2.2.

Pour conclure sur ce point, la preuve révèle que plus l’État est conscient des risques auxquels les enfants en foyer d’accueil sont exposés, plus il est en mesure d’y réagir, ce qu’il a fait, en imposant des règles et des restrictions quant à la manière dont les parents d’accueil exercent leur autorité. Ces mesures exigent souvent un contrôle continu sur les activités des parents de famille d’accueil, sans pour autant miner inévitablement les relations entre parents et enfants de famille d’accueil, ni même priver ces enfants de l’expérience d’une vraie famille. Elles reflètent plutôt la réalité voulant que les enfants placés en famille d’accueil demeurent sous la responsabilité de l’État, leur tuteur légal. J’estime par conséquent que les parents de famille d’accueil agissent bel et bien au nom de l’État lorsqu’ils prennent soin des enfants qui leur sont confiés et que l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui en l’espèce est équitable.

Une fois établie l’existence d’une relation suffisamment étroite entre le défendeur et l’auteur du délit pour engager la responsabilité du fait d’autrui, il faut déterminer si l’acte fautif était suffisamment lié aux tâches assignées à l’auteur du délit pour justifier l’imputation de cette responsabilité. Comme je l’explique dans la section suivante, l’arrêt *Bazley* de notre Cour nous amène à conclure qu’il a été satisfait à cette seconde condition d’enclenchement de la responsabilité du fait d’autrui.

B. Les activités fautives sont-elles suffisamment liées aux tâches assignées à l’auteur du délit?

Dans l’arrêt *Bazley*, précité, notre Cour s’est demandé si une fondation sans but lucratif exploitant un établissement de soins pour bénéficiaires

89

90

91

vicariously liable for sexual abuse committed by one of its employees. There was no question that the relationship was an employment relationship and was close enough to attract vicarious liability. The only issue was whether the sexual abuse was sufficiently within the scope of the employee's assigned tasks for vicarious liability to lie. At para. 42, McLachlin J. set out the test as follows:

... there must be a strong connection between what the employer was asking the employee to do (the risk created by the employer's enterprise) and the wrongful act. It must be possible to say that the employer significantly increased the risk of the harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks. [Emphasis in original.]

She restated the test as it applies to vicarious liability for sexual abuse at para. 46:

... the test for vicarious liability for an employee's sexual abuse of a client should focus on whether the employer's enterprise and empowerment of the employee materially increased the risk of the sexual assault and hence the harm.

The Court concluded that the Foundation was vicariously liable for the sexual misconduct of its employee. McLachlin J. explained at para. 58 that "[t]he abuse was not a mere accident of time and place, but the product of the special relationship of intimacy and respect the employer fostered, as well as the special opportunities for exploitation of that relationship it furnished." In other words, it was job-created power and job-created intimacy that attracted vicarious liability in *Bazley*.

internes où des enfants étaient traités pour des troubles affectifs avait engagé sa responsabilité du fait d'autrui pour les agressions sexuelles commises par l'un de ses employés. Il ne faisait aucun doute qu'il s'agissait d'une relation employeur-employé suffisamment étroite pour donner lieu à la responsabilité du fait d'autrui. La seule question était de savoir si l'agression sexuelle se rapportait suffisamment à l'exercice des tâches assignées à l'employé pour qu'on puisse conclure à la responsabilité du fait d'autrui. La juge McLachlin a énoncé le critère en ces termes au par. 42 :

... il doit exister un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire (le risque créé par l'entreprise de l'employeur) et l'acte fautif. Il doit être possible de dire que l'employeur a accru sensiblement le risque de préjudice en plaçant l'employé dans son poste et en lui demandant d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées. [Souligné dans l'original.]

Au paragraphe 46, elle reprend le critère en l'appliquant à la responsabilité du fait d'autrui pour agression sexuelle :

... le critère de la responsabilité du fait d'autrui découlant de l'agression sexuelle d'un client par un employé devrait être axé sur la question de savoir si l'entreprise de l'employeur et l'habilitation de l'employé ont accru sensiblement le risque d'agression sexuelle et, par conséquent, de préjudice.

La Cour a tenu la fondation responsable du fait d'autrui pour l'inconduite sexuelle de son employé. La juge McLachlin a expliqué au par. 58 que « [l']agression était non pas simplement le fruit d'un malheureux concours de circonstances, mais le résultat de la relation particulière d'intimité et de respect dont l'employeur a favorisé le développement, ainsi que des occasions spéciales d'exploiter cette relation qu'il a fournies. » Autrement dit, c'est le pouvoir et l'intimité découlant du travail qui ont donné ouverture à la responsabilité du fait d'autrui dans *Bazley*.

L'arrêt *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, connexe à l'arrêt *Bazley*, établit les limites de la responsabilité du fait d'autrui. Dans cet arrêt, s'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Binnie a refusé de conclure qu'un club de jeunes garçons et de jeunes filles, dont les activités pour enfants

The companion case to *Bazley*, *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, marks the limits of vicarious liability. In that case, Binnie J., writing for the majority, declined to find a Boys' and Girls' Club which conducted after-school and week-end activities for children vicariously liable for the

sexual assaults of its employee against children who frequented the club. In Binnie J.'s view, there was insufficient power and intimacy in the ordinary relationship between the recreational director and the after-school program participants to say that the employer materially introduced or materially increased the risk of harm. Binnie J. noted that the victims were "free to walk out of the Club at any time" (para. 83) and that "whatever power Griffiths used to accomplish his criminal purpose for personal gratification was neither conferred by the Club nor was it characteristic of the type of enterprise which the respondent put into the community" (para. 84).

The factors applied in both *Bazley, supra*, and *Jacobi, supra*, to determine whether an employer materially increased the risk of an employee's intentional wrong included:

- (a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;
- (b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer's aims (and hence be more likely to have been committed by the employee);
- (c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise;
- (d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim;
- (e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power.

(*Bazley, supra*, at para. 41; *Jacobi, supra*, at para. 79)

Applying these factors, it is clear that the foster care arrangement reflects the highest possible degrees of power, trust, and intimacy. The relationship does more than merely provide an opportunity for child abuse; it materially increases the risk that foster parents will abuse. Despite government efforts, some foster parents might impose excessive

étaient menées après l'école et durant les fins de semaine, était responsable du fait d'autrui pour les agressions sexuelles commises par son employé contre des enfants fréquentant le club. De l'avis du juge Binnie, la relation ordinaire entre le directeur de loisirs et les élèves participant aux activités parascolaires ne comportait pas un degré suffisant de pouvoir et d'intimité pour permettre de conclure que l'employeur a engendré dans une large mesure le risque de préjudice ou qu'il l'a sensiblement accru. Le juge Binnie a fait observer que les victimes « étaient libres de quitter le Club en tout temps » (par. 83) et que « quel que soit le pouvoir que Griffiths a utilisé pour réaliser ses fins criminelles pour son propre plaisir, ce pouvoir ne lui a pas été conféré par le Club et n'était pas propre au type d'entreprise que l'intimé a implanté dans la collectivité » (par. 84).

Parmi les facteurs appliqués tant dans *Bazley* que dans *Jacobi*, précités, pour décider si un employeur a sensiblement accru le risque de faute intentionnelle d'un employé, mentionnons :

- a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir;
- b) la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur (et avoir donc été plus susceptible d'être commis par l'employé);
- c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur;
- d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime;
- e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

(*Bazley*, précité, par. 41; *Jacobi*, précité, par. 79)

L'application de ces facteurs démontre clairement que le placement en famille d'accueil est un régime où l'on retrouve le plus haut degré possible de pouvoir, de confiance et d'intimité. La relation qui se noue au sein d'une famille d'accueil fait plus que simplement donner l'occasion d'agresser un enfant; elle accroît sensiblement le risque d'abus par

physical discipline on children in a misguided effort to carry out their duty to educate and care for the children entrusted to them. Because foster homes generally operate free from day-to-day supervision, some foster parents may believe that they can take advantage of foster children without being detected. Unlike the situation in *Jacobi, supra*, foster children are required to remain in the physical custody of their foster parents. They have nowhere to go to escape abuse in the short term. The power relationship between foster parents and foster children gives rise to its own set of concerns: foster children may submit to their foster parents even when their foster parents are abusive. Children may fear their foster parents more than they would other adults. In sum, as McLachlin J. stated in *Bazley, supra*, “the more an enterprise requires the exercise of power or authority for its successful operation, the more materially likely it is that an abuse of that power relationship can be fairly ascribed to the employer” (para. 44). It is difficult to imagine a relationship requiring greater power or authority for its successful operation than the foster care relationship.

les parents d'accueil. En dépit des efforts déployés par l'État, il se peut que certains parents d'accueil soumettent les enfants confiés à leur garde à une discipline physique excessive dans un effort mal inspiré de remplir leur obligation de les éduquer et d'en prendre soin. Du fait que les foyers d'accueil fonctionnent généralement sans faire l'objet d'une surveillance quotidienne, certains parents d'accueil risquent de croire qu'ils peuvent abuser sans crainte des enfants placés chez eux. Contrairement à la situation dans l'affaire *Jacobi*, précitée, les enfants en foyer d'accueil sont tenus de demeurer sous la garde physique de leurs parents d'accueil. À court terme, ils n'ont aucun moyen d'échapper à la violence. Le rapport de force qui existe entre les parents de famille d'accueil et les enfants qu'ils hébergent fait naître une difficulté intrinsèque : les enfants peuvent se soumettre à l'autorité de leurs parents d'accueil même quand ceux-ci les maltraitent. Ils peuvent craindre leurs parents d'accueil plus qu'ils ne craindraient d'autres adultes. Pour résumer, comme la juge McLachlin l'a dit dans l'arrêt *Bazley*, précité, « plus une entreprise requiert l'exercice de pouvoir ou d'autorité pour la réussite de ses activités, plus un abus de ce rapport de force pourra être attribué, à juste titre, à l'employeur » (par. 44). Il est difficile de concevoir une relation dont la réussite requiert un plus haut degré de pouvoir ou d'autorité que celle de la famille d'accueil.

95

It has been suggested that it would be unfair to impose vicarious liability in this case because it would place children who are in foster care at an advantage over those who are not in foster care. I do not believe this is any reason to decline to impose vicarious liability where, as here, the necessary legal elements have been made out. The doctrine of vicarious liability generally allows a victim access to deeper pockets than if the tortfeasor were acting on his or her own behalf. In that sense, victims of “employees” and others who are in a relationship that attracts vicarious liability are all placed at a relative advantage to those who are injured by independent actors.

On a avancé l'idée qu'il serait injuste de retenir la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce parce que les enfants placés en famille d'accueil se verraient conférer un avantage par rapport à ceux qui ne le sont pas. Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'une raison valable pour refuser d'imputer la responsabilité du fait d'autrui lorsque, comme en l'espèce, les éléments constitutifs en droit ont été démontrés. La règle de la responsabilité du fait d'autrui assure généralement à la victime une meilleure chance de compensation financière que si l'auteur du délit agissait pour son propre compte. En ce sens, les victimes des « employés » et autres personnes se trouvant dans une relation génératrice de responsabilité du fait d'autrui jouissent toutes d'un avantage relatif par rapport à celles dont le préjudice est causé par des intervenants indépendants.

II. Conclusion

Unlike the Chief Justice, I find that the appellants have made out the elements of a successful claim of vicarious liability against the government for the abuse inflicted by their foster parents. However, as vicarious liability is a form of tort liability, I find the claim is statute-barred, for the reasons set out by the Chief Justice.

I also agree with the conclusion of McLachlin C.J. that the appellants cannot succeed in their claims for breach of non-delegable duty and breach of fiduciary duty.

As the causes of action in this case are statute-barred, I find it unnecessary to pronounce on issues related to damages.

I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Relevant Legislative Provisions

Protection of Children Act, R.S.B.C. 1960, c. 303

8. . . .

(5) Subject to subsection (4), from the time that a child is apprehended under section 7 until final disposition of the case by the Judge, the person who apprehends the child is responsible for the care, maintenance, and physical well-being of the child, and no liability shall attach either to such person or to any duly qualified physician or surgeon by reason only that the child is provided with necessary medical or surgical care during such time.

(12) If the Judge commits a child to the Superintendent under this section, the Superintendent shall receive the child into his custody and is thereupon the legal guardian of the child, and he shall retain the guardianship unless and until he delivers the child to a children's aid society. The Superintendent shall make arrangements as soon as may be for the placement of the child in a foster home, or

II. Conclusion

Contrairement à la Juge en chef, je conclus que les appelants ont établi le bien-fondé de leur demande contre l'État fondée sur la responsabilité du fait d'autrui pour les mauvais traitements que leur ont infligés leurs parents d'accueil. Cependant, la responsabilité du fait d'autrui étant une forme de responsabilité délictuelle, je conclus que cette demande est prescrite pour les motifs exposés par la Juge en chef.

Je fais également mienne la conclusion de la juge en chef McLachlin portant que les appelants ne peuvent avoir gain de cause en ce qui concerne leurs demandes fondées sur le manquement à une obligation intransmissible et le manquement à une obligation fiduciaire.

Les causes d'action invoquées en l'espèce étant prescrites, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur les questions liées aux dommages-intérêts.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

Protection of Children Act, R.S.B.C. 1960, ch. 303

[TRADUCTION]

8. . . .

(5) Sous réserve du paragraphe (4), la personne qui appréhende un enfant est, dès l'appréhension fondée sur l'article 7 et jusqu'à ce que le juge statue définitivement sur son sort, responsable des soins, de l'entretien et du bien-être physique de l'enfant, et ni elle ni le médecin ou chirurgien dûment qualifié n'engagent leur responsabilité du seul fait que l'enfant reçoit des soins médicaux ou chirurgicaux nécessaires pendant cette période.

(12) Si le juge confie un enfant au surintendant en vertu du présent article, le surintendant reçoit l'enfant sous sa garde et devient le tuteur légal de l'enfant et le demeure jusqu'à ce qu'il le remette à une société d'aide à l'enfance. Le surintendant prend le plus tôt possible les mesures voulues pour le placer dans la famille d'accueil ou l'établissement qui répondra le mieux aux besoins de

96

97

98

99

such other place as will best meet the needs of the child. But the Superintendent may at any time, with the consent of a children's aid society, deliver the child to the society to be dealt with in like manner as if delivered to the society under the order of a Judge under the provisions of this section, and the Superintendent shall in such case deliver to the society a certified copy of the order of the Judge endorsed with a memorandum signed by the Superintendent, setting out the delivery of the child to the society under this section.

10. (1) The society to the care of which any child is committed under this Act is the legal guardian of the child until it is relieved of that guardianship by order of the Judge or by the fact that the child has reached the age of twenty-one, or, if a female, is married; and it is the duty of the society to use special diligence in providing suitable foster homes for such children as are committed to its care, and the society is hereby authorized to place such children in foster homes on a written agreement, during minority, or for any less period in the discretion of the society. Notwithstanding any such contract the society has the right to withdraw the child from any person having the custody of the child if, in the opinion of the society placing out the child, the welfare of the child requires it.

14. Every society to whose care any child is committed under the provisions of this Act, and every person entrusted with the care of the child by any such society, shall from time to time permit the child to be visited, and any place where the child may be, or reside, to be inspected by the Superintendent or by any person authorized by the Superintendent for the purpose.

15. (1) Every organization that deals with or cares for children . . . shall, in addition to all other requirements of this Act, upon request of the Superintendent or of any person authorized by the Minister,

- (a) furnish to the Superintendent or person so authorized full information and particulars concerning every child with whom the organization has dealt, or to whom the organization has given care, or of whom the organization has had the custody; and
- (b) permit the Superintendent or person so authorized to have access to all parts of the premises and buildings of the organization . . . and to all children therein, and to all books and records of the organization.

(3) If it appears to the Superintendent that the management of any organization referred to in subsection (1) is

l'enfant. Le surintendant peut toutefois, avec le consentement d'une société d'aide à l'enfance, remettre en tout temps l'enfant à cette société pour qu'elle prenne à son égard les mesures qu'elle prendrait si l'enfant lui était confié par une ordonnance judiciaire conformément au présent article; en pareil cas, le surintendant remet à la société une copie certifiée conforme de l'ordonnance du juge à l'endos de laquelle figure une note signée par le surintendant faisant état de la remise de l'enfant à la société en vertu du présent article.

10. (1) La société aux soins de laquelle l'enfant est confié sous le régime de la présente Loi est le tuteur légal de l'enfant jusqu'à ce qu'il soit relevé de sa tutelle par une ordonnance du juge ou parce que l'enfant a atteint l'âge de vingt-et-un ans ou parce que l'enfant de sexe féminin a contracté mariage; la société a l'obligation d'exercer la diligence particulière requise dans ses démarches pour fournir une famille d'accueil convenable aux enfants confiés à ses soins et elle est habilitée par la présente à placer ces enfants en famille d'accueil par entente écrite, pour toute la durée de leur minorité ou, à sa discrétion, pour une période plus courte. Malgré tout contrat de cette nature, la société conserve le droit de retirer l'enfant à une personne qui en a la garde si, de l'avis de la société qui a placé l'enfant, le bien-être de l'enfant l'exige.

14. La société aux soins de laquelle l'enfant est confié sous le régime de la présente Loi, ainsi que toute personne à qui elle en délègue les soins, permet de temps à autre au surintendant ou à toute personne qu'il autorise à cette fin de rendre visite à l'enfant et d'inspecter les lieux où il se trouve ou réside.

15. (1) À la demande du surintendant ou de toute personne qu'autorise le ministre, et outre les autres exigences imposées par la présente Loi, tout organisme qui vient en aide aux enfants ou leur prodigue des soins . . .

- a) fournit au surintendant ou à toute personne autorisée tout renseignement relatif aux enfants qu'il a aidés, auxquels il a prodigué des soins ou dont il a eu la garde;
- b) permet au surintendant ou à toute personne autorisée d'avoir accès à ses locaux [. . .] d'y rencontrer les enfants et de consulter tous ses livres et registres.

(3) S'il estime que la direction de l'organisme visé au paragraphe (1) ne sert pas l'intérêt supérieur des enfants

not such as to be in the best interests of the children in its care or custody . . . the Superintendent shall report the circumstances to the Minister

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266

3 . . .

(2) After the expiration of 2 years after the date on which the right to do so arose a person may not bring any of the following actions:

- (a) subject to subsection (4) (k), for damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising from the injury, whether based on contract, tort or statutory duty:

7 (1) For the purposes of this section,

- (a) a person is under a disability while the person
- (i) is a minor, or
- (ii) is in fact incapable of or substantially impeded in managing his or her affairs

(9) The onus of proving that the running of time has been postponed or suspended under this section is on the person claiming the benefit of the postponement or suspension.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Dickson Murray, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Nishnawbe Aski Nation: Goodman and Carr; Lerner & Associates, Toronto.

confiés à sa garde ou à ses soins [. . .] le surintendant fait rapport au ministre et lui expose les circonstances . . .

Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266

[TRANSDUCTION]

3 . . .

(2) Les actions qui suivent ne peuvent être intentées lorsque deux ans se sont écoulés depuis la naissance du droit d'action :

- a) sous réserve du paragraphe 4 k), l'action en dommages-intérêts visant à réparer le préjudice causé à la personne ou aux biens, y compris la perte économique découlant du préjudice, qu'elle soit fondée sur un contrat, un délit ou une obligation légale :

7 (1) Pour l'application du présent article,

- a) une personne est frappée d'incapacité si, selon le cas,
- (i) elle est mineure
- (ii) elle est de fait dans l'impossibilité de gérer ses affaires ou en est empêchée par un obstacle important . . .

(9) La charge d'établir que le délai de prescription a été interrompu incombe à la personne qui invoque l'interruption.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Dickson Murray, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Nation Aski Nishnawbe : Goodman and Carr; Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the interveners Patrick Dennis Stewart et al.: David Paterson Law Corp., Surrey, B.C.; Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Procureurs des intervenants Patrick Dennis Stewart et autres : David Paterson Law Corp., Surrey, C.-B.; Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

E.D.G. *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Board of School Trustees of School District No. 44 (North Vancouver) *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Nishnawbe Aski Nation, Patrick Dennis Stewart, F.L.B., R.A.F., R.R.J., M.L.J., M.W., Victor Brown, Benny Ryan Clappis, Danny Louie Daniels, Robert Daniels, Charlotte (Wilson) Guest, Daisy (Wilson) Hayman, Irene (Wilson) Starr, Pearl (Wilson) Stelmacher, Frances Tait, James Wilfrid White, Allan George Wilson, Donna Wilson, John Hugh Wilson, Terry Aleck, Gilbert Spinks, Ernie James and Ernie Michell *Intervenors*

INDEXED AS: E.D.G. v. HAMMER

Neutral citation: 2003 SCC 52.

File No.: 28613.

2002: December 5, 6; 2003: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Liability — Intentional torts — Sexual assault — Pupil sexually assaulted by school janitor — Whether school board liable for breach of fiduciary duty or breach of non-delegable duty — Whether trial judge properly apportioned damages between janitor and subsequent abusers.

The night janitor at a public elementary school began a series of sexual assaults on the appellant in 1978, when she was in Grade 3. When she came down to the boiler room to clean blackboard brushes, he would take her into an adjacent storage area, lock the door, and

E.D.G. *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

Board of School Trustees of School District No. 44 (North Vancouver) *Intimé/Appellant au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, Nation Aski Nishnawbe, Patrick Dennis Stewart, F.L.B., R.A.F., R.R.J., M.L.J., M.W., Victor Brown, Benny Ryan Clappis, Danny Louie Daniels, Robert Daniels, Charlotte (Wilson) Guest, Daisy (Wilson) Hayman, Irene (Wilson) Starr, Pearl (Wilson) Stelmacher, Frances Tait, James Wilfrid White, Allan George Wilson, Donna Wilson, John Hugh Wilson, Terry Aleck, Gilbert Spinks, Ernie James et Ernie Michell *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : E.D.G. c. HAMMER

Référence neutre : 2003 CSC 52.

N° du greffe : 28613.

2002 : 5, 6 décembre; 2003 : 2 octobre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Élève agressée sexuellement par le concierge de l'école — Le conseil scolaire est-il responsable pour manquement à une obligation fiduciaire ou à une obligation intransmissible? — Le juge de première instance a-t-il réglé correctement la question de la répartition des dommages entre le concierge et les agresseurs subséquents?

Le concierge de soir d'une école primaire publique a commencé à commettre une série d'agressions sexuelles contre l'appelante en 1978, alors qu'elle était en troisième année. Lorsqu'elle descendait à la chaufferie pour nettoyer les brosse à tableau, il l'emmenait

engage in sexual acts. There were at least 20 sexual assaults over a two-year period. The appellant did not tell anyone what was happening. The trial judge found that "no person employed by the Board had any reason to suspect [the janitor] was engaged or might be likely to engage in any inappropriate behaviour with the children". Although the appellant once asked her teacher if she could be taken off brush duty and assigned some other task, she did not explain why or pursue the matter further when her request was denied. So her teacher, not suspecting that anything serious lay behind the request, did not follow up with further inquiries. The janitor's assaults on the appellant ended in 1980, when he was transferred to another school. Most unfortunately, the appellant was subjected to further sexual assaults after this time, by as many as seven uncles and distant cousins on the reserve. The assaults ended only when she reached grade eight. At trial, the appellant successfully recovered damages from the janitor, but her claims against the respondent Board, based on vicarious liability, breach of non-delegable duty and breach of fiduciary duty, were unsuccessful. The appellant did not appeal the trial judge's holding on vicarious liability, because it was explicitly endorsed by the majority of this Court in *Jacobi v. Griffiths*, but she did appeal the trial judge's holdings on the issues of fiduciary duty and breach of non-delegable duty. The Court of Appeal dismissed her appeal. The appellant appealed to this Court on the issues of fiduciary duty and non-delegable duty. The Board cross-appealed on the question of whether the trial judge properly apportioned the damages between the janitor and the appellant's subsequent sexual abusers.

Held: The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.: The appellant's claim for breach of non-delegable duty cannot succeed. Aside from circumstances in which vicarious liability is engaged, the specific duties pertaining to student health and safety set out in the *School Act* do not permit the inference that school boards are generally and ultimately responsible for the health and safety of school children on school premises, in a way as would render them liable for abuse at the hands of a school employee.

dans l'aire d'entreposage attenante et verrouillait la porte pour se livrer à des actes sexuels. Au moins 20 agressions sexuelles ont été commises en deux ans. L'appelante n'a parlé à personne de ces incidents. Le juge de première instance a conclu qu'« aucun employé du conseil n'avait de motif de soupçonner [que le concierge] se livrait ou pouvait vraisemblablement se livrer à quelque comportement inapproprié que ce soit avec les enfants ». Bien que l'appelante ait demandé un jour à son enseignante de la relever de la responsabilité du nettoyage des brosses et de lui assigner une autre tâche, elle n'est pas allée plus loin et n'a jamais révélé le motif de sa demande lorsque son enseignante a refusé d'y accéder, de sorte que celle-ci, ne se doutant pas du sérieux de la demande, n'a pas posé d'autres questions. Les agressions sexuelles de l'appelante par le concierge ont cessé en 1980 avec le transfert de ce dernier dans une autre école. Fort malheureusement, l'appelante a ensuite été agressée sexuellement par sept de ses oncles et cousins éloignés sur la réserve. Ces agressions n'ont cessé que lorsque l'appelante est entrée en huitième année. En première instance, l'appelante a réussi à obtenir des dommages-intérêts du concierge, mais ses demandes contre le conseil, fondées sur la responsabilité du fait d'autrui, le manquement à une obligation intransmissible et le manquement à une obligation fiduciaire, ont été rejetées. L'appelante n'a pas interjeté appel de la décision du juge de première instance sur la question de la responsabilité du fait d'autrui étant donné que les juges majoritaires de notre Cour y ont explicitement souscrit dans l'arrêt *Jacobi c. Griffiths*, mais elle a porté en appel la décision de première instance sur les questions relatives à l'obligation fiduciaire et à l'obligation intransmissible. La Cour d'appel a rejeté son appel. L'appelante s'est pourvue devant notre Cour sur les questions relatives à l'obligation fiduciaire et à l'obligation intransmissible. Le conseil a déposé un pourvoi incident sur la question de savoir si le juge de première instance a réglé correctement la question de la répartition des dommages entre le concierge et les agresseurs sexuels subséquents de l'appelante.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps : La demande de l'appelante fondée sur le manquement à une obligation intransmissible doit être rejetée. Hormis les circonstances dans lesquelles la responsabilité du fait d'autrui s'applique, les obligations particulières énoncées dans la *School Act* concernant la santé et la sécurité des élèves ne permettent pas d'inférer que la responsabilité générale et ultime de la santé et de la sécurité des élèves à l'école incombe aux conseils

The same is true of the provisions laying out the general duties of school boards.

The Board does not have a broad fiduciary duty to act in the best interests of the child. While the maxim that parents should act in their child's best interests may help to justify particular parental fiduciary duties, it does not constitute a basis for liability. Nor does the Board have a fiduciary duty to ensure that no employee harms school children on school premises regardless of fault. Such a proposal amounts to an attempt to recast the appellant's claim for breach of non-delegable duty into the language of fiduciary duty and extends fiduciary law beyond its natural boundaries. Since none of the conduct alleged against the Board involves the type of wrong traditionally associated with breach of fiduciary duty, the appellant's claim for breach of fiduciary duty fails.

The trial judge's factual conclusion that 90 percent of the damage was indivisible and was caused both by the janitor and by the subsequent tortfeasors cannot be overturned absent palpable and overriding error, and it is not evident that the trial judge committed such an error in this case.

Per Arbour J.: There was substantial agreement with the majority's reasons as regards breach of fiduciary duty and breach of non-delegable duty. Moreover, the appellant was correct not to pursue the matter of vicarious liability either in the Court of Appeal or in this Court.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; **referred to:** *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *A. (C.) v. C. (J.W.)* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 92; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458.

By Arbour J.

Referred to: *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570.

scolaires, de sorte que ces derniers seraient responsables de la violence exercée par un employé de l'école. Cela vaut également pour les dispositions énonçant les fonctions générales des conseils scolaires.

Le conseil n'est pas tenu à une obligation fiduciaire générale d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Si la maxime selon laquelle les parents doivent agir dans l'intérêt supérieur de leur enfant peut servir à justifier certaines obligations fiduciaires parentales, elle ne saurait fonder la responsabilité. Le conseil n'est pas non plus tenu à une obligation fiduciaire de s'assurer, indépendamment de la faute, qu'aucun employé ne causera préjudice aux enfants à l'école. Une telle prétention équivaut à une tentative de remanier l'allégation de manquement à une obligation intransmissible pour qu'elle cadre dans l'obligation fiduciaire, et étend le droit des fiducies au-delà de ses limites naturelles. Aucune conduite reprochée au conseil scolaire ne comportant le type de faute traditionnellement associée au manquement à une obligation fiduciaire, l'allégation par l'appelante d'un manquement à une obligation fiduciaire est rejetée.

La conclusion du juge de première instance selon laquelle 90 pour 100 du dommage était indivisible et imputable tant au concierge qu'aux agresseurs subséquents ne peut être infirmée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, et il n'est pas évident que le juge de première instance a commis une telle erreur en l'espèce.

La juge Arbour : Il y a accord substantiel avec les motifs de la majorité concernant le manquement à une obligation fiduciaire et le manquement à une obligation intransmissible. De plus, l'appelante a eu raison de ne pas soulever la question de la responsabilité du fait d'autrui devant la Cour d'appel ou devant notre Cour.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; **arrêts mentionnés :** *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *A. (C.) c. C. (J.W.)* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 92; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458.

Citée par la juge Arbour

Arrêts mentionnés : *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570.

Statutes and Regulations Cited

Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333, ss. 4(1), (2)(a).
School Act, R.S.B.C. 1979, c. 375 [now R.S.B.C. 1996, c. 412], ss. 88, 89, 108, 109, 155(1)(e), 178(a).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 197 D.L.R. (4th) 454 (*sub nom. G. (E.D.) v. Hammer*), [2001] 5 W.W.R. 70, 151 B.C.A.C. 34, 249 W.A.C. 34, 86 B.C.L.R. (3d) 191, 4 C.C.L.T. (3d) 204, [2001] B.C.J. No. 585 (QL), 2001 BCCA 226, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, [1998] B.C.J. No. 992 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

Megan R. Ellis and Shannon Aldinger, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Ravi R. Hira, Q.C., and *Harmon C. Hayden*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

David Sgayias, Q.C., and *Kay Young*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Susan M. Vella and Elizabeth K. P. Grace, for the intervener the Nishnawbe Aski Nation.

David Paterson and Diane Soroka, for the interveners Patrick Dennis Stewart et al.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE — This appeal concerns the potential liability of a School Board for sexual assaults on a pupil by a school janitor. It was heard together with *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, and *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53, and is determined by the principles established in *K.L.B.*

² The appellant claims that the School Board should be held liable for breach of fiduciary duty and breach of non-delegable duty. Both claims were

Lois et règlements cités

Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333, art. 4(1), (2)a).
School Act, R.S.B.C. 1979, ch. 375 [maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 412], art. 88, 89, 108, 109, 155(1)e), 178a).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 197 D.L.R. (4th) 454 (*sub nom. G. (E.D.) c. Hammer*), [2001] 5 W.W.R. 70, 151 B.C.A.C. 34, 249 W.A.C. 34, 86 B.C.L.R. (3d) 191, 4 C.C.L.T. (3d) 204, [2001] B.C.J. No. 585 (QL), 2001 BCCA 226, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, [1998] B.C.J. No. 992 (QL). Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Megan R. Ellis et Shannon Aldinger, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Ravi R. Hira, c.r., et *Harmon C. Hayden*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

David Sgayias, c.r., et *Kay Young*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Susan M. Vella et Elizabeth K. P. Grace, pour l'intervenante la Nation Aski Nishnawbe.

David Paterson et Diane Soroka, pour les intervenants Patrick Dennis Stewart et autres.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps rendu par

LA JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi porte sur la responsabilité éventuelle d'un conseil scolaire pour les agressions sexuelles commises contre un élève par le concierge d'une école. Il a été entendu conjointement avec les affaires *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, et *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53, et est régi par les principes énoncés dans *K.L.B.*

L'appelante prétend que le conseil scolaire devrait être tenu responsable de manquement à une obligation fiduciaire et à une obligation

dismissed at trial ((1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89), and by a majority of the Court of Appeal ((2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226). On the basis of the principles established in *K.L.B.*, I would uphold the result reached in the lower courts, and would dismiss the appeal.

I. Background

The appellant, E.D.G., lived on the Burrard Indian reserve in British Columbia as a child. Along with other reserve children, she was bussed every day to Sherwood Park Elementary School, a public school in North Vancouver. The children from the reserve were the only First Nations children at the school. They were taught by the Band to respect school staff, and not to question their directives. E.D.G. was particularly quiet and deferential.

All of the children at the school were expected to help out in the classroom, as needed. When E.D.G. was in Grade 3, in 1978, she was given the task of cleaning blackboard brushes. This involved taking the brushes down to the boiler room and using the brush cleaner that was kept there. The boiler room was the domain of the school janitors, who had their own table across from the brush cleaner. The school had a day janitor and a night janitor. The night janitor worked from 3 p.m. to 11 p.m. each day.

The main function of the janitors was to maintain the school building and to repair school equipment. In addition, janitors would assist students and staff with any questions they had concerning the location of equipment within the school. Janitors had no direct duties relating to the care or instruction of students. Nor did they have direct authority over the students — not even the authority to discipline them. If a janitor saw a student misbehaving, the most he could do was report the behaviour to the principal, who would then

intransmissible. Elle a été déboutée à ces deux titres par le juge de première instance ((1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89), et par la Cour d'appel à la majorité ((2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226). Sur le fondement des principes établis dans *K.L.B.*, je suis d'avis de confirmer le résultat auquel sont arrivés les tribunaux de juridiction inférieure et de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

Enfant, l'appelante E.D.G. vivait sur la réserve indienne de Burrard en Colombie-Britannique. Comme les autres enfants de la réserve, elle prenait l'autobus tous les jours pour se rendre à l'école primaire Sherwood Park, une école publique située à North Vancouver. Les enfants de la réserve étaient les seuls de l'école à appartenir à une Première nation. La bande leur enseignait à faire preuve de respect envers le personnel de l'école et à ne pas remettre ses directives en question. E.D.G. était une enfant particulièrement tranquille et respectueuse.

Tous les enfants étaient censés donner un coup de main en classe au besoin. En 1978, alors qu'elle était en troisième année, E.D.G. s'est vu confier la tâche de nettoyer les brosses à tableau. Elle devait les descendre à la chaufferie et utiliser l'aspirateur pour les brosses qui s'y trouvait. La chaufferie était le domaine des concierges de l'école, dont la table faisait face à l'aspirateur pour les brosses. Un concierge travaillait de jour et un autre travaillait de soir. Le concierge de soir commençait son quart de travail à 15 h et le terminait à 23 h tous les jours.

Les concierges avaient pour principale fonction d'entretenir le bâtiment scolaire et de réparer le matériel. De plus, ils aidaient les élèves et le personnel à trouver le matériel dans l'école. Aucune de leurs fonctions n'était directement liée aux soins ou à l'éducation des élèves, et ils n'exerçaient non plus aucune autorité directe sur eux — pas même pour les discipliner. Le concierge qui était témoin de l'inconduite d'un élève pouvait tout au plus signaler l'incident à la directrice, laquelle se chargeait alors elle-même de la

3

4

5

discipline the child herself. The janitors were not, like the teaching staff, under the supervision of the principal. They were supervised by a Custodial Operations Manager, who was not on site all of the time.

6

Mr. Hammer was the night janitor at Sherwood Park Elementary School from 1978 to 1980. In the fall of 1978, he began a series of sexual assaults on E.D.G. When she came down to the boiler room to clean the brushes, he would take her into an adjacent storage area, lock the door, and engage in sexual acts. The trial judge found that there were at least 20 sexual assaults over the two-year period. On most occasions, E.D.G. simply “went numb”, hoping to dissociate herself from the pain and fear caused by Mr. Hammer’s actions. She did not tell anyone what was happening. Mr. Hammer had told her that if she did, he would lose his job and his family; and E.D.G. had been taught by her elders to show deference toward adults. She also worried that if she did try to tell someone at the school, she would be disbelieved because she was part of the native minority at the school.

7

The trial judge found that “no person employed by the Board had any reason to suspect he [Mr. Hammer] was engaged or might be likely to engage in any inappropriate behaviour with the children” (para. 17). Throughout this time, Mr. Hammer discharged his custodial duties to the full satisfaction of the Custodial Operations Manager. Moreover, he was known by all of the teachers to be friendly with all of the children. The school did have a mechanism in place whereby teachers and other members of the staff could report negative performances by janitorial staff to the principal, who would inform the Custodial Operations Manager. But as it was not suspected that anything was amiss, this mechanism was never used. Although E.D.G. once asked her teacher if she could be taken off brush duty and assigned some other task, she did not explain why or pursue the matter further when her request was denied. So her teacher, not suspecting that anything serious

sanction. Contrairement au personnel enseignant, les concierges ne relevaient pas de la directrice. Ils étaient supervisés par un directeur des services de garde de biens, qui ne se trouvait pas sur place en tout temps.

M. Hammer a travaillé comme concierge de soir à l’école primaire Sherwood Park de 1978 à 1980. C’est à l’automne 1978 qu’a eu lieu la première d’une série d’agressions sexuelles contre E.D.G. Lorsqu’elle descendait à la chaufferie pour nettoyer les brosses, M. Hammer l’emmenait dans l’aire d’entreposage attenante et verrouillait la porte pour se livrer à des actes sexuels. Le juge de première instance a conclu qu’au moins 20 agressions sexuelles ont été commises en deux ans. La plupart du temps, E.D.G. [TRADUCTION] « figeait » simplement en tentant de se dissocier de la souffrance et de la peur que lui causait le comportement de M. Hammer. Elle n’a parlé à personne de ces incidents. M. Hammer lui avait dit que si elle le faisait, il perdrait son emploi et sa famille; E.D.G. avait par ailleurs appris de ses aînés à faire montre de déférence envers les adultes. Elle craignait de ne pas être crue si elle tentait d’en parler à quelqu’un à l’école en raison de son appartenance à la minorité autochtone.

Le juge de première instance a conclu qu’[TRADUCTION] « aucun employé du conseil n’avait de motif de soupçonner qu’il [M. Hammer] se livrait ou pouvait vraisemblablement se livrer à quelque comportement inapproprié que ce soit avec les enfants » (par. 17). Tout au long de cette période, M. Hammer s’est acquitté de ses fonctions de concierge à l’entière satisfaction du directeur des services de garde de biens. De plus, il avait auprès des enseignants la réputation d’être amical avec les enfants. L’école avait instauré un mécanisme par lequel les enseignants et les autres membres du personnel pouvaient se plaindre de la conduite du personnel du service de conciergerie à la directrice, laquelle en informait le directeur des services de garde de biens. Cependant, comme personne ne soupçonnait quoi que ce soit, on n’a jamais eu recours à ce mécanisme. Bien qu’elle ait demandé un jour à son enseignante de la relever de la responsabilité du nettoyage des brosses

lay behind the request, did not follow up with further inquiries.

Mr. Hammer's assaults on the appellant ended in 1980, when he was transferred to another school. Most unfortunately, the appellant was subjected to further sexual assaults after this time, by as many as seven uncles and distant cousins on the reserve. The assaults ended only when she reached Grade 8. At this point, partly as a result of a school program in sexual education, she realized that she could take steps to avoid interacting with her abusers and to avoid entering into situations that would leave her vulnerable to new abusers.

At trial, E.D.G. successfully recovered damages from Mr. Hammer. Her claims against the Board, however, were unsuccessful. She had initially made claims against the Board based upon negligence, vicarious liability, breach of non-delegable duty and breach of fiduciary duty. She abandoned the claim based on negligence during the trial. The trial judge, Vickers J., agreed that it would not have succeeded. He found that "[o]n the evidence it would be impossible to conclude the Board failed to adequately supervise its employees; failed to protect the students from assault; [or] failed to investigate credentials and qualifications of persons involved with students" (para. 41). Moreover, he noted that E.D.G.'s teacher could not be faulted for failing to inquire further into her request to be removed from brush duty, because the teacher had no other grounds for suspecting that E.D.G. was being abused by Mr. Hammer. Vickers J. then dismissed the remaining claims. He held that because the Board had not abused its authority over E.D.G., it could not be held liable for breach of fiduciary duty. He dismissed the claim for breach of non-delegable duty on the grounds that the Board had not delegated to the janitor any of the tasks for which it retained ultimate responsibility. Finally, he held that it would not be fair to impose vicarious liability on the Board, because Mr. Hammer's

et de lui assigner une autre tâche, E.D.G. n'est pas allée plus loin et n'a jamais révélé le motif de sa demande lorsque son enseignante a refusé d'y accéder, de sorte que celle-ci, ne se doutant pas du sérieux de la demande, n'a pas posé d'autres questions.

Les agressions sexuelles de l'appelante par M. Hammer ont cessé en 1980 avec le transfert de ce dernier dans une autre école. Fort malheureusement, l'appelante a ensuite été agressée sexuellement par sept de ses oncles et cousins éloignés sur la réserve. Ces agressions n'ont cessé que lorsque l'appelante est entrée en huitième année. À cette époque, en partie grâce au programme d'éducation sexuelle, l'appelante a appris comment faire pour éviter tout contact avec ses agresseurs et ne pas se retrouver en position de vulnérabilité face à de nouveaux agresseurs.

En première instance, E.D.G. a réussi à obtenir des dommages-intérêts de M. Hammer. Elle n'a cependant pas eu gain de cause contre le conseil. Elle avait tout d'abord invoqué contre le conseil des moyens fondés sur la négligence, la responsabilité du fait d'autrui, le manquement à une obligation intransmissible et le manquement à une obligation fiduciaire. Au cours du procès, l'appelante a renoncé à invoquer la négligence. Le juge de première instance, le juge Vickers, a estimé lui aussi que ce moyen n'aurait pu être accueilli. À son avis, il aurait été [TRADUCTION] « impossible, au vu de la preuve, de conclure que le conseil a omis d'exercer une surveillance adéquate de ses employés, de mettre les élèves à l'abri des agresseurs [ou] de vérifier les compétences et les références des personnes appelées à interagir avec les élèves » (par. 41). En outre, le juge Vickers a souligné qu'on ne pouvait reprocher à l'enseignante de ne pas s'être enquis davantage auprès de l'appelante de la raison pour laquelle elle demandait à être relevée de sa responsabilité de nettoyer les brosses, puisqu'elle n'avait pas de motif de soupçonner que l'appelante était violentée par M. Hammer. Le juge Vickers a ensuite rejeté les autres allégations. Il a statué que, n'ayant nullement abusé de son autorité à l'égard de E.D.G., le conseil ne pouvait être tenu responsable de manquement à une obligation fiduciaire. Le juge a rejeté le moyen

actions were not sufficiently connected to his employment to constitute a materialization of risks created by the Board. All that the Board did was provide Mr. Hammer with the opportunity to commit the assaults; it did not entrust him with the type of authority, or the kinds of tasks, that would significantly increase the risk of abuse.

fondé sur le manquement à une obligation intransmissible au motif que le conseil n'avait délégué au concierge aucune tâche dont il assumait la responsabilité ultime. Enfin, le juge a estimé qu'il serait injuste d'imputer au conseil la responsabilité du fait d'autrui parce que la conduite de M. Hammer n'était pas suffisamment liée à son emploi pour équivaloir à la matérialisation des risques créés par le conseil. Le conseil n'a fait que donner à M. Hammer l'occasion de commettre les agressions; il ne l'a pas investi du type de pouvoir ou de fonctions qui auraient accru sensiblement le risque d'agression.

10 E.D.G. did not appeal Vickers J.'s holding on vicarious liability, because it was explicitly endorsed by the majority of this Court in *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, *per* Binnie J. At para. 45, Binnie J. cited the case as an illustration of the principle that "creation of opportunity without job-created power over the victim or other link between the employment and the tort will seldom constitute the 'strong connection' required to attract vicarious liability". The mere fact that an organization provides a person with the opportunity to commit a tort does not, on its own, render that tort a manifestation of risks created by the organization.

E.D.G. n'a pas interjeté appel de la décision du juge Vickers sur la question de la responsabilité du fait d'autrui étant donné que, sous la plume du juge Binnie, les juges majoritaires de notre Cour y ont explicitement souscrit dans l'arrêt *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570. Au paragraphe 45, le juge Binnie a cité la présente espèce pour illustrer le principe selon lequel « la création d'une occasion ne comportant ni pouvoir sur la victime créé par l'emploi ni aucun autre lien entre l'emploi et le délit constitue rarement le "lien solide" requis pour déclencher la responsabilité du fait d'autrui ». Lorsqu'une organisation donne simplement à une personne l'occasion de commettre un délit, celui-ci ne devient pas pour cette unique raison une manifestation des risques créés par l'organisation.

11 E.D.G. did appeal the trial judge's holdings on the issues of fiduciary duty and breach of non-delegable duty. The Court of Appeal held unanimously that the Board had not breached its fiduciary duty toward the appellant. In its view, a breach of fiduciary duty required the exploitation of another person's trust for one's own personal advantage. The court divided, however, on the question of whether the Board had breached a non-delegable duty. Prowse J.A. held that it had. In her view, the Board was under a non-delegable duty to see that reasonable care was taken in the operation of the school. Prowse J.A. regarded this duty as a duty to ensure that no employee committed a tort. Consequently, she held that Mr. Hammer's tort was sufficient to constitute a breach of the Board's duty, even in the absence of negligence on the part of the Board. By contrast, Mackenzie J.A.

E.D.G. a toutefois porté en appel la décision de première instance sur les questions relatives à l'obligation fiduciaire et à l'obligation intransmissible. La Cour d'appel a statué à l'unanimité que le conseil n'avait pas manqué à son obligation fiduciaire envers l'appelante. Selon elle, il fallait, pour conclure au manquement à une obligation fiduciaire, démontrer qu'une personne avait abusé de la confiance d'une autre pour son propre avantage personnel. La cour s'est cependant divisée sur la question de savoir si le conseil avait manqué à une obligation intransmissible. Le juge Prowse a estimé que c'était le cas. À son avis, le conseil était tenu à l'obligation intransmissible de veiller avec une diligence raisonnable au bon fonctionnement de l'école. Le juge Prowse a considéré que cette obligation emportait celle de s'assurer qu'aucun employé ne commette un délit. Elle a donc conclu

and McEachern C.J.B.C. held that the doctrine of non-delegable duty did not apply. In their view, the doctrine applies only in cases where the tortfeasor is an independent contractor and not an employee, because its purpose is to supplement vicarious liability in cases where the tortfeasor is an independent contractor.

II. Issues

The appellant appeals to this Court on the issues of fiduciary duty and non-delegable duty. The Board has cross-appealed on the question of whether Vickers J. properly apportioned the damages between Mr. Hammer and E.D.G.'s subsequent sexual abusers.

The questions to be dealt with are therefore:

- (1) Is the Board liable for breach of non-delegable duty?
- (2) Is the Board liable for breach of fiduciary duty?
- (3) Did the trial judge properly apportion the damages between Mr. Hammer and E.D.G.'s subsequent abusers?

III. Analysis

The principles governing this appeal have been discussed in the companion judgment of *K.L.B.* Consequently, we need only summarize these principles briefly in what follows, before applying them to the circumstances of this case.

1. *Is the Board Liable for Breach of Non-delegable Duty?*

In the case at bar, as in *K.L.B.*, our focus is on non-delegable duties generated by statute.

que le délit commis par M. Hammer était suffisant pour constituer un manquement à l'obligation du conseil, et ce, même en l'absence de négligence de sa part. En revanche, le juge Mackenzie et le juge en chef McEachern de la Cour d'appel ont statué que la doctrine de l'obligation intransmissible ne s'appliquait pas. À leur avis, cette doctrine ne s'applique que lorsque l'auteur du délit est un entrepreneur indépendant et non un employé, étant donné qu'elle vise dans ce cas à suppléer à la responsabilité du fait d'autrui.

II. Questions en litige

L'appelante se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour sur les questions relatives à l'obligation fiduciaire et à l'obligation intransmissible. Le conseil a déposé un pourvoi incident sur la question de savoir si le juge Vickers a réglé correctement la question de la répartition des dommages entre M. Hammer et les agresseurs sexuels subséquents de E.D.G.

Nous sommes donc saisis des questions suivantes :

- (1) Le conseil est-il responsable pour manquement à une obligation intransmissible?
- (2) Le conseil est-il responsable pour manquement à une obligation fiduciaire?
- (3) Le juge de première instance a-t-il réglé correctement la question de la répartition des dommages entre M. Hammer et les agresseurs subséquents de E.D.G.?

III. Analyse

Les principes qui régissent le présent pourvoi ont été analysés dans l'arrêt connexe *K.L.B.* Nous n'avons donc qu'à résumer brièvement ces principes dans les paragraphes qui suivent avant de les appliquer aux faits de l'espèce.

1. *Le conseil est-il responsable pour manquement à une obligation intransmissible?*

En l'espèce, tout comme dans l'arrêt *K.L.B.*, nous devons nous attacher à l'examen des obligations intransmissibles résultant de la loi.

12

13

14

15

- 16 The starting point for analysis of non-delegable duties arising from statute is *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145, where the Court held that the applicable statutes placed full responsibility on the Ministry for ensuring that due care was taken in maintenance work on the highways. The duty was “non-delegable” in the sense that the Ministry could not discharge its responsibility simply by delegating the work to competent contractors and by taking reasonable care in supervising them. As I stated in my concurring judgment, it was no answer for the employer to say “I was not negligent” (para. 50).
- Le point de départ de l’analyse des obligations intransmissibles résultant de la loi est l’arrêt *Lewis (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145, où notre Cour a conclu que les lois applicables imposaient au ministère l’entière responsabilité de veiller à ce que les travaux d’entretien des routes soient exécutés avec une diligence raisonnable. L’obligation était « intransmissible » en ce sens que le ministère ne pouvait se dégager de sa responsabilité simplement en déléguant les travaux à des entrepreneurs compétents et en les supervisant avec une diligence raisonnable. Comme je l’ai dit dans mes motifs concordants, l’employeur ne saurait répondre : « Je n’ai pas fait preuve de négligence » (par. 50).
- 17 The issue in the case at bar is whether the *School Act*, R.S.B.C. 1979, c. 375, places the same sort of duty on school boards that the statutes in *Lewis* placed upon the Ministry. Does it place school boards under a non-delegable duty to ensure that children are kept safe while on school premises, such that school boards are liable for abuse or harm inflicted by school employees upon school children while at school? Or are the duties it imposes more limited?
- La question que soulève le présent pourvoi consiste à savoir si la *School Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 375, impose aux conseils scolaires le même type d’obligation que celle que des lois imposaient au ministère dans *Lewis*. La *School Act* impose-t-elle aux conseils scolaires l’obligation intransmissible d’assurer la sécurité des élèves à l’école, de sorte qu’ils sont responsables des mauvais traitements ou des préjudices infligés aux élèves, à l’école, par des employés de l’école? Ou les obligations qu’elle impose sont-elles plus limitées?
- 18 The duties and powers of school boards are laid out in ss. 88-89 of the Act: see Appendix. Section 88 lays out the general duties. They include a duty to “determine local policy in conformity with this Act” (s. 88(b)); to “delegate those specific and general administrative duties which require delegation to one or more employees of the board” (s. 88(c)); to deduct from teachers’ salaries the membership fees payable to the British Columbia Teachers’ Federation (s. 88(d)); to prepare reports for meetings of electors (s. 88(e)); and to “visit a public school in the school district” when necessary or desirable (s. 88(f)).
- Les fonctions et pouvoirs des conseils scolaires sont énoncés aux art. 88 et 89 de la *School Act* : voir l’annexe. L’article 88 fait état des fonctions générales du conseil, qui doit notamment [TRADUCTION] « arrête[r], conformément à la présente Loi, la politique locale » (al. 88b), [TRADUCTION] « [déléguer] les fonctions administratives générales et particulières à un ou plusieurs de ses employés lorsque la situation l’exige » (al. 88c), retenir sur le salaire de l’enseignant le montant de la cotisation payable à la fédération des enseignants de la Colombie-Britannique (al. 88d), préparer les rapports destinés à l’assemblée des électeurs (al. 88e) et, lorsque cela s’impose ou est souhaitable, [TRADUCTION] « effectuer une visite dans une école publique du district scolaire » (al. 88f)).
- 19 Subsequent sections of the Act place school boards under a number of specific duties pertaining
- Des dispositions ultérieures de la *School Act* assujettissent les conseils scolaires à des obligations

to student health and safety. Section 108 states that boards shall “provide each school in the school district with suitable first aid equipment” and shall ensure that there is at least one teacher on staff qualified to administer first aid. Section 109 states that boards must “ensure that the *Health Act* and regulations are carried out in regard to the pupils”. Section 155(1)(e) requires boards to close schools temporarily when inclement weather may endanger the health of pupils or when so ordered by the appointed medical officer. Finally, s. 178(a) stipulates that boards must, when necessary, arrange for the repair and improvement of school buildings.

These specific duties do not permit the inference that boards are generally and ultimately responsible for the health and safety of school children on school premises, in a way as would render them liable for abuse at the hands of a school employee. The same is true of the provisions laying out the general duties of school boards. None of the general duties gives school boards full responsibility for students’ welfare while on school premises, in the way that the statutes in *Lewis* gave the Ministry full responsibility for overseeing maintenance projects and for ensuring that workers exercised reasonable care. Consequently, the Act does not appear to impose a general non-delegable duty upon school boards to ensure that children are kept safe while on school premises, such as would render the Board liable for abuse of a child by an employee on school premises.

It follows that the appellant’s claim for breach of non-delegable duty cannot succeed.

2. *Is the Board Liable for Breach of Fiduciary Duty?*

The parties agree that the relationship between the Board and the students was fiduciary in nature. As the trial judge noted, a school board “enjoys a

précises concernant la santé et la sécurité des élèves. L’article 108 dispose que le conseil doit [TRADUCTION] « fourni[r] aux écoles du district scolaire une trousse adéquate de premiers soins » et s’assurer qu’il y ait au moins un enseignant parmi les membres du personnel qui soit apte à administrer les premiers soins. L’article 109 prévoit qu’il incombe au conseil de [TRADUCTION] « veille[r] à l’application de la *Health Act* et de ses règlements à l’égard des élèves ». Suivant l’al. 155(1)e), le conseil est tenu de procéder à la fermeture temporaire de l’école sur l’ordre du médecin-hygiéniste désigné ou lorsque les intempéries risquent de mettre en danger la santé des élèves. Enfin, l’al. 178a) énonce que, s’il le juge nécessaire, le conseil prend des dispositions pour la réparation et l’amélioration des bâtiments scolaires.

On ne peut inférer de ces obligations particulières que la responsabilité générale et ultime de la santé et de la sécurité des élèves à l’école incombe aux conseils scolaires, de sorte que ces derniers seraient responsables de la violence exercée par un employé de l’école. Cela vaut également pour les dispositions énonçant les fonctions générales des conseils scolaires. Aucune de ces fonctions générales ne fait peser sur les conseils scolaires l’entière responsabilité du bien-être des élèves à l’école, à la façon dont les lois dans l’affaire *Lewis* imposaient au ministère l’entière responsabilité de superviser les projets d’entretien et de s’assurer de la diligence raisonnable des entrepreneurs. Par conséquent, la *School Act* ne paraît pas faire porter sur les épaules des conseils scolaires une obligation générale intransmissible d’assurer la sécurité des élèves à l’école, obligation qui aurait pour effet de les rendre responsables des mauvais traitements infligés à un élève par un employé à l’école.

Il s’ensuit que la demande de l’appelante fondée sur un manquement à une obligation intransmissible doit être rejetée.

2. *Le conseil est-il responsable pour manquement à une obligation fiduciaire?*

Les parties conviennent que le lien qui unissait le conseil et les élèves était de nature fiduciaire. Comme l’a souligné le juge de première instance, un

20

21

22

position of overriding power and influence over its students. It is a power dependent relationship, one characterized by unilateral discretion” (para. 40). The parties disagree, however, over the content of the fiduciary duty that the Board stands under. The Board claims that the parental fiduciary duty is to refrain from harmful acts involving disloyalty, bad faith or a conflict of interest. The appellant asserts a broader duty, alternately described as a duty to promote the “best interests” of school children and a duty to ensure that no employee inflicts injury on a child on school premises.

23

For the reasons discussed in *K.L.B.*, *supra*, the appellant’s assertion of a broad fiduciary duty to act in the best interests of the child must be rejected. The maxim that parents should act in their child’s best interests may help to justify particular parental fiduciary duties, but it does not constitute a basis for liability. The cases on the parental fiduciary duty focus not on achieving what is in the child’s best interest, but on specific conduct that causes harm to children in a manner involving disloyalty, self-interest, or abuse of power — failing to act selflessly in the interests of the child. This approach is well grounded in policy and common sense. Parents may have limited resources and face many demands, rendering it unrealistic to expect them to act in each child’s best interests. Moreover, since it is often unclear what a child’s “best” interests are, the idea does not provide a justiciable standard. Finally, the objective of promoting the best interests of the child, when stated in such general and absolute terms, overshoots the concerns that are central to fiduciary law. These are, as La Forest J. noted in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 646-47: loyalty and “the avoidance of a conflict of duty and interest and a duty not to profit at the expense of the beneficiary”.

conseil scolaire [TRANSDUCTION] « jouit d’une position de force et d’influence écrasantes sur ses élèves. C’est un rapport de force et de dépendance, caractérisé par un pouvoir discrétionnaire unilatéral » (par. 40). Les parties ne s’entendent cependant pas sur le contenu de l’obligation fiduciaire à laquelle le conseil est tenu. Le conseil prétend que l’obligation fiduciaire parentale consiste à s’abstenir d’accomplir des actes dommageables faisant intervenir la déloyauté, la mauvaise foi ou un conflit d’intérêts. L’appelante plaide en faveur d’une obligation plus large, qu’elle décrit tantôt comme celle de promouvoir l’« intérêt supérieur » des élèves, tantôt comme celle d’assurer qu’aucun employé n’inflige un dommage à un enfant à l’école.

Pour les motifs exposés dans l’arrêt *K.L.B.*, précité, la thèse de l’appelante quant à l’existence d’une obligation fiduciaire générale d’agir dans l’intérêt supérieur de l’enfant ne peut être retenue. La maxime selon laquelle les parents doivent agir dans l’intérêt supérieur de leur enfant peut aider à justifier certaines obligations fiduciaires parentales, mais elle ne saurait fonder la responsabilité. La jurisprudence en matière d’obligation fiduciaire des parents met l’accent non pas sur la réalisation de l’intérêt supérieur de l’enfant, mais plutôt sur une conduite précise qui cause préjudice aux enfants en faisant intervenir la déloyauté, l’intérêt personnel ou l’abus de pouvoir — le fait de ne pas agir de manière désintéressée dans l’intérêt de l’enfant. Cette approche est dictée par le bon sens et fondée au regard de la politique générale. Les parents peuvent disposer de ressources limitées et être très sollicités, de sorte qu’il n’est pas réaliste de s’attendre à ce qu’ils agissent dans l’intérêt supérieur de chaque enfant. Qui plus est, comme on ne sait pas toujours en quoi consiste l’intérêt « supérieur » de l’enfant, ce critère ne fournit pas une norme justiciable. Enfin, lorsqu’on l’énonce en des termes aussi généraux et absolus, l’objectif de promouvoir l’intérêt supérieur de l’enfant va au-delà des préoccupations qui sont au cœur du droit des fiducies, à savoir, ainsi que le juge La Forest l’a noté à la p. 647 dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, la loyauté et « l’obligation d’éviter les conflits de devoirs ou d’intérêts et celle de ne pas faire de profits aux dépens du bénéficiaire ».

The appellant's claim that the Board has a fiduciary duty to ensure that no employee harms school children on school premises regardless of fault fares no better. This proposal amounts to an attempt to recast the appellant's claim for breach of non-delegable duty into the language of fiduciary duty and extends fiduciary law beyond its natural boundaries. Fiduciary obligations are not obligations to guarantee a certain outcome for the vulnerable party, regardless of fault. They do not hold the fiduciary to a certain type of outcome, exposing the fiduciary to liability whenever the vulnerable party is harmed by one of the fiduciary's employees. Rather, they hold the fiduciary to a certain type of conduct. As Ryan J.A. held in *A. (C.) v. C. (J.W.)* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 92 (C.A.), at para. 154, "A fiduciary is not a guarantor." A fiduciary "does not breach his or her duties by simply failing to obtain the best result for the beneficiary".

The fact that a breach of fiduciary duty requires fault is one of the features that distinguishes this type of claim both from claims based upon statutory non-delegable duties of the sort at issue in *Lewis*, *supra*, and from claims based upon vicarious liability. The latter two types of claim are no-fault claims. Breaches of fiduciary duty, however, require fault. As the trial judge, Vickers J., noted at para. 46:

No fault obligations are imposed in the context of a claim for vicarious liability. Breach of fiduciary duty is not a no fault claim.

In the case at bar, the only fault to which the appellant was able to point was the fault of the school janitor. The appellant was unable to identify any action or omission on the part of the School Board that might itself amount to a breach of a fiduciary duty. The fiduciary duty in this case lies upon the Board. The object for analysis, then, is not the conduct of the janitor but the conduct of the

24
La prétention de l'appelante selon laquelle le conseil est tenu à une obligation fiduciaire de s'assurer, indépendamment de la faute, qu'aucun employé ne causera préjudice aux enfants à l'école ne vaut pas mieux. Cette prétention équivaut à une tentative de remanier l'allégation de manquement à une obligation intransmissible pour qu'elle cadre dans l'obligation fiduciaire, et étend le droit des fiduciaires au-delà de ses limites naturelles. Les obligations fiduciaires n'ont pas pour objet de garantir un certain résultat à la partie vulnérable, indépendamment de la faute. Elles n'obligent pas le fiduciaire à atteindre un certain type de résultat, engageant ainsi sa responsabilité chaque fois que la partie vulnérable subit un dommage du fait d'un employé du fiduciaire. Le fiduciaire est plutôt tenu à un certain type de conduite. Comme l'a dit le juge Ryan dans *A. (C.) c. C. (J.W.)* (1998), 60 B.C.L.R. (3d) 92 (C.A.), par. 154, [TRADUCTION] « [u]n fiduciaire n'est pas une caution. » Il « ne contrevient pas à ses obligations du simple fait qu'il n'a pas obtenu le meilleur résultat pour le bénéficiaire ».

25
Le fait que le manquement à une obligation fiduciaire exige une faute est l'une des caractéristiques qui distingue ce type d'allégation tant de l'allégation fondée sur l'obligation légale intransmissible du type en cause dans *Lewis*, précité, que de l'allégation fondée sur la responsabilité du fait d'autrui. Ces deux derniers moyens peuvent être invoqués en l'absence d'une faute, contrairement au manquement à une obligation fiduciaire qui, lui, exige la présence d'une faute. Comme l'a souligné le juge de première instance Vickers, au par. 46 :

[TRADUCTION] Des obligations sans égard à la faute sont imposées dans le cadre d'une allégation de responsabilité du fait d'autrui. Le manquement à une obligation fiduciaire n'est pas un moyen qui peut être invoqué sans égard à la faute.

26
En l'espèce, la seule faute qu'a pu alléguer l'appelante est celle du concierge de l'école. L'appelante n'a pu relever de la part du conseil scolaire aucune action ou omission qui puisse en soi constituer un manquement à une obligation fiduciaire. L'obligation fiduciaire en l'espèce incombe au conseil. L'objet de l'analyse n'est donc pas la conduite du concierge mais celle du fiduciaire, c'est-à-dire

fiduciary, the Board. The trial judge specifically found that “no person employed by the Board had any reason to suspect he [Mr. Hammer] was engaged or might be likely to engage in any inappropriate behaviour with the children” (para. 17).

27 I conclude that none of the conduct alleged against the School Board involves the type of wrong traditionally associated with breach of fiduciary duty and that the appellant’s claim for breach of fiduciary duty fails.

3. *Did the Trial Judge Properly Apportion the Damages Between Mr. Hammer and E.D.G.’s Subsequent Abusers?*

28 Since I have concluded that the Board is not liable to E.D.G. for any of the damage caused by Mr. Hammer, it is not strictly necessary to consider the issue raised on the Board’s cross-appeal. However, because the Board rests its challenge on the claim that Vickers J. misapplied a principle laid out in *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, it will be useful to consider the Board’s challenge.

29 The Board’s challenge concerns that portion of the damages that was, in the view of Vickers J., caused jointly by Mr. Hammer and the subsequent abusers. Vickers J. held Mr. Hammer liable for the sum total of these damages, stating that “[a]s long as he [Mr. Hammer] is a part of the cause of the injury, even though his acts alone did not create the entire injury, his responsibility for the [entire] damage that flows from that injury is established” (para. 57). As an authority for this proposition, Vickers J. cited Major J.’s claim in *Athey, supra*, at para. 17, that “[a]s long as a defendant is part of the cause of an injury, the defendant is liable, even though his act alone was not enough to create the injury” (emphasis in original).

30 In the Board’s submission, Vickers J. was incorrect in applying this principle to the case at bar. The principle applies, the Board claims, only where the

le conseil. Le juge de première instance a conclu expressément qu’[TRADUCTION] « aucun employé du conseil n’avait de motif de soupçonner qu’il [M. Hammer] se livrait ou pouvait vraisemblablement se livrer à quelque comportement inapproprié que ce soit avec les enfants » (par. 17).

Aucune conduite reprochée au conseil scolaire ne comportant le type de faute traditionnellement associée au manquement à une obligation fiduciaire, je dois conclure au rejet de l’allégation par l’appelante d’un manquement à une obligation fiduciaire.

3. *Le juge de première instance a-t-il réglé correctement la question de la répartition des dommages entre M. Hammer et les agresseurs subséquents de E.D.G.?*

Comme j’ai conclu que le conseil n’est pas responsable envers E.D.G. des dommages causés par M. Hammer, il n’est pas strictement nécessaire que j’aborde la question soulevée par le conseil dans le cadre du pourvoi incident. Cependant, puisque le conseil invoque la mauvaise application par le juge Vickers du principe établi dans l’arrêt *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, il m’apparaît utile d’examiner cette allégation.

L’allégation du conseil porte sur la partie des dommages causés conjointement, selon le juge Vickers, par M. Hammer et les agresseurs subséquents. Le juge Vickers a fait supporter à M. Hammer le montant intégral de ces dommages, affirmant que [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où il [M. Hammer] est en partie la cause du préjudice, même si ses actes n’ont pas à eux seuls concrétisé le préjudice en entier, sa responsabilité pour le dommage [entier] qui en résulte est établie » (par. 57). À l’appui de cette proposition, le juge Vickers cite les propos tenus par le juge Major dans l’arrêt *Athey*, précité, par. 17 : « Dans la mesure où le défendeur est en partie la cause du préjudice, il engage sa responsabilité, même si son acte était insuffisant à lui seul pour concrétiser le préjudice » (souligné dans l’original).

Le conseil prétend que le juge Vickers a eu tort d’appliquer ce principe en l’espèce. Ce principe, fait-il valoir, ne s’applique que lorsque l’autre cause

other cause is non-tortious and is a precondition of the injury, not where it is tortious and occurs subsequently.

In my view, the Board's reading of the principle articulated in *Athey* is overly narrow. After making the claim cited above, Major J. further expanded upon his reasoning, stating at para. 19 that:

The law does not excuse a defendant from liability merely because other causal factors for which he is not responsible also helped produce the harm It is sufficient if the defendant's negligence was a cause of the harm [First emphasis added; second emphasis in original.]

This principle is not confined to cases involving non-tortious preconditions. It applies to any case in which the injuries caused by a number of factors are indivisible.

The matter is governed by the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333, s. 4, which provides that "[i]f damage or loss has been caused by the fault of 2 or more persons", then "(a) they are jointly and severally liable to the person suffering the damage or loss". This rule implies that Mr. Hammer is liable to E.D.G. for the full cost of any injuries that are indivisible and caused both by Mr. Hammer and by the subsequent tortfeasors.

The Board's real disagreement may lie, not with the principles applied by the trial judge, but with the trial judge's factual conclusions, in particular, his conclusion that 90 percent of the damage was indivisible and was caused both by Mr. Hammer and by the subsequent tortfeasors. This is, however, a finding of fact, and cannot be overturned absent palpable and overriding error. It is not evident to me that the trial judge committed such an error in this case.

IV. Conclusion

For the reasons given above, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal.

est de nature non délictuelle et qu'elle constitue un préalable à la réalisation du préjudice, et non pas lorsqu'elle est de nature délictuelle et qu'elle survient subséquentement.

À mon sens, le conseil interprète le principe énoncé dans l'arrêt *Athey* de façon exagérément étroite. Après avoir tenu les propos cités précédemment, le juge Major a précisé son raisonnement comme suit, au par. 19 :

En droit, la responsabilité du défendeur n'est pas écartée du seul fait que d'autres facteurs qui ne lui sont pas imputables ont contribué au préjudice [. . .] Il suffit que la négligence du défendeur ait été une cause du préjudice . . . [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original.]

Ce principe ne se limite pas aux situations où l'on retrouve des conditions préexistantes non délictuelles. Il s'applique à toute situation dans laquelle les préjudices attribuables à un certain nombre de facteurs sont indivisibles.

La question est réglée par la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 333, art. 4, qui dispose que [TRADUCTION] « [s]i deux ou plusieurs personnes ont, par leur faute, causé un dommage ou une perte », alors « a) elles sont solidairement responsables envers la personne qui a subi le dommage ou la perte ». Il ressort implicitement de cette règle que M. Hammer est responsable envers E.D.G. pour le montant total des préjudices indivisibles dont lui et les agresseurs subséquents sont les auteurs.

Il se peut en réalité que le conseil ne s'oppose pas tant aux principes appliqués par le juge de première instance, qu'aux conclusions de fait qu'il a tirées, plus particulièrement à sa conclusion selon laquelle 90 pour 100 du dommage était indivisible et imputable tant à M. Hammer qu'aux agresseurs subséquents. Il s'agit toutefois d'une conclusion de fait qui ne peut être infirmée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. Il ne m'apparaît pas évident que le juge de première instance a commis une telle erreur en l'espèce.

IV. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident.

31

32

33

34

The following are the reasons delivered by

35

ARBOUR J. — This appeal concerns the potential liability of a school board for sexual assaults inflicted on a pupil by a school janitor. The appellant claims that the School Board should be held liable for breach of fiduciary duty and for breach of non-delegable duty. As regards these issues, I would dismiss the appeal substantially for the reasons given by McLachlin C.J.

36

I also agree with McLachlin C.J. that vicarious liability cannot be imposed in this case. In *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, and in *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53, which were heard at the same time as this case, I disagreed with the Chief Justice and found that the elements for a vicarious liability claim were made out. However, in light of the specific reference to this case in *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, in which Binnie J., writing for the majority, endorsed the trial judge's view that there was no vicarious liability in this case, I believe that the appellant was correct not to pursue the matter either in the Court of Appeal or in this Court.

APPENDIX

Relevant Legislative Provisions

School Act, R.S.B.C. 1979, c. 375

Board Duties

88. The board of each school district shall

- (a) abide by this Act and the regulations;
- (b) determine local policy in conformity with this Act for the effective and efficient operation of schools in the school district;
- (c) delegate those specific and general administrative duties which require delegation to one or more employees of the board;

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR — Le présent pourvoi porte sur la responsabilité éventuelle d'un conseil scolaire pour les agressions sexuelles commises contre un élève par le concierge d'une école. L'appelante prétend que le conseil scolaire en l'espèce devrait être tenu responsable de manquement à une obligation fiduciaire et à une obligation intransmissible. Sur ces questions, je suis d'avis de rejeter le pourvoi essentiellement pour les motifs énoncés par la juge en chef McLachlin.

Je conviens également avec la juge en chef McLachlin qu'on ne peut retenir la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce. Dans les pourvois *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, et *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53, entendus en même temps que la présente affaire, je n'ai pas souscrit à l'analyse de la Juge en chef et j'ai estimé qu'on avait établi les éléments constitutifs de la responsabilité du fait d'autrui. Toutefois, vu le renvoi explicite à la présente affaire dans l'arrêt *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, où le juge Binnie, au nom des juges majoritaires, a endossé l'opinion du juge de première instance selon laquelle la responsabilité du fait d'autrui n'était pas engagée en l'espèce, j'estime que l'appelante a eu raison de ne pas soulever la question devant la Cour d'appel ou devant notre Cour.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

School Act, R.S.B.C. 1979, ch. 375

[TRADUCTION]

Fonctions et obligations du conseil

88. Le conseil de chaque district scolaire

- a) se conforme à la présente Loi et aux règlements;
- b) arrête, conformément à la présente Loi, la politique locale pour le fonctionnement efficace et efficient des écoles du district scolaire;
- c) délègue les fonctions administratives générales et particulières à un ou plusieurs de ses employés lorsque la situation l'exige;

- (d) deduct from the salary of a teacher the amount of the regular annual membership fees payable by the teacher to the British Columbia Teachers' Federation
- (e) where one or more annual meetings of electors is held under this Act in the school district, cause to be prepared and presented to each meeting a report on the operation of the public schools in the school district
- (f) when necessary or desirable, visit a public school in the school district.

Board powers

89. The board of a school district may

- (a) make bylaws, not inconsistent with this Act or the regulations, relative to the organization of meetings of the board and to any matter over which power or authority is by this Act expressly vested exclusively in the board
- (b) provide, with respect to a school in its district, under rules of the board approved by the council of the municipality in which the school is situated, a system of school patrols by which pupils may assist in the control of motor vehicle traffic on highways or elsewhere so far as the traffic may affect pupils going to or from the school;
- (c) authorize the appointment of employees, in addition to teachers, considered necessary by the board to secure the efficient operation of the public schools of the school district, fix wages or remuneration, and, by lawful process, dismiss a person so appointed;
- (d) become a member of the British Columbia School Trustees Association
- (e) make bylaws, not inconsistent with any Act or regulations, regulating and controlling the use of property owned or administered by the board.

First aid equipment

108. Each board of school trustees shall provide each school in the school district with suitable first aid equipment, and shall also, so far as practicable, provide that on each school staff there shall be at least one teacher or other person qualified to administer first aid.

- d) retient sur le salaire de l'enseignant le montant de la cotisation annuelle réglementaire payable à la fédération des enseignants de la Colombie-Britannique
- e) à l'occasion de la tenue dans le district scolaire d'une ou de plusieurs assemblées annuelles des électeurs en vertu de la présente Loi, s'assure de la préparation et de la présentation pour chacune de ces assemblées d'un rapport sur le fonctionnement des écoles publiques du district scolaire
- f) lorsque cela s'impose ou est souhaitable, effectue une visite dans une école publique du district scolaire.

Pouvoirs du conseil

89. Le conseil du district scolaire peut

- a) adopter des règlements compatibles avec la présente Loi ou les règlements concernant l'organisation des réunions du conseil et toute question qui, en vertu de la présente Loi, est de son ressort exclusif
- b) lorsqu'il s'agit d'une école de son district, et conformément aux règles du conseil approuvées par le conseil de la municipalité dans laquelle se trouve l'école, instaurer un système de patrouille scolaire grâce auquel les élèves peuvent aider à contrôler la circulation automobile sur les routes ou ailleurs, dans la mesure où cette circulation peut toucher les élèves qui se rendent à l'école ou qui en reviennent;
- c) autoriser l'embauche du personnel, en plus des enseignants, qu'il estime nécessaire au fonctionnement efficace des écoles publiques situées dans le district scolaire, établir les salaires ou la rémunération et procéder au congédiement selon les voies légales;
- d) adhérer à l'Association des commissaires d'écoles de la Colombie-Britannique
- e) adopter des règlements compatibles avec la loi ou les règlements pour régir et contrôler l'usage des biens qui lui appartiennent ou qu'il administre.

Trousses de premiers soins

108. Le conseil scolaire fournit aux écoles du district scolaire une trousse adéquate de premiers soins et, dans la mesure du possible, s'assure que le personnel de chaque école compte au moins un membre, enseignant ou non, qui soit apte à administrer les premiers soins.

Health Act to be adhered to

109. Each board of school trustees shall ensure that the *Health Act* and regulations are carried out in regard to the pupils attending public school in the school district.

Duties of board

155. (1) The board of each school district shall,

- (e) when so ordered by the medical health officer appointed under this Act, or when inclemency of weather might endanger the health of the pupils, close a school temporarily without permission of the ministry;

Board duties

178. The board of each school district shall,

- (a) when considered necessary, arrange and authorize the purchase, erection, enlargement, alteration, repair, renting, insuring and improvement of school buildings

Appeal and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Stowe Ellis, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Watson Goepel Maledy, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Nishnawbe Aski Nation: Goodman and Carr; Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the interveners Patrick Dennis Stewart et al.: David Paterson Law Corp., Surrey, B.C.; Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Respect de la Health Act

109. Le conseil scolaire veille à l'application de la *Health Act* et de ses règlements à l'égard des élèves qui fréquentent l'école publique dans le district scolaire.

Fonctions et obligations du conseil

155. (1) Le conseil de chaque district scolaire

- e) procède à la fermeture temporaire de l'école, sans autorisation du ministère, sur l'ordre du médecin-hygiéniste désigné en vertu de la présente Loi ou lorsque les intempéries risquent de mettre en danger la santé des élèves;

Fonctions et obligations du conseil

178. Le conseil de chaque district scolaire

- a) s'il le juge nécessaire, prend des dispositions pour acheter, construire, agrandir, modifier, réparer, louer, assurer et améliorer les bâtiments scolaires, et donne son aval à ces projets . . .

Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Stowe Ellis, Vancouver.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Watson Goepel Maledy, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Nation Aski Nishnawbe : Goodman and Carr; Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs des intervenants Patrick Dennis Stewart et autres : David Paterson Law Corp., Surrey, C.-B.; Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Appellant/ respondent on cross-appeal*

v.

M.B. *Respondent/appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Nishnawbe Aski Nation, Insurance Corporation of British Columbia, Patrick Dennis Stewart, F.L.B., R.A.F., R.R.J., M.L.J., M.W., Victor Brown, Benny Ryan Clappis, Danny Louie Daniels, Robert Daniels, Charlotte (Wilson) Guest, Daisy (Wilson) Hayman, Irene (Wilson) Starr, Pearl (Wilson) Stelmacher, Frances Tait, James Wilfrid White, Allan George Wilson, Donna Wilson, John Hugh Wilson, Terry Aleck, Gilbert Spinks, Ernie James and Ernie Michell *Intervenors*

INDEXED AS: M.B. v. BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2003 SCC 53.

File No.: 28616.

2002: December 5, 6; 2003: October 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Liability — Intentional torts — Sexual assault — Foster child sexually assaulted by foster father — Whether government vicariously liable for sexual abuse — Whether government breached non-delegable duty.

Torts — Damages — Prejudgment interest — Intentional torts — Sexual assault — Foster child sexually assaulted by foster father — Whether government liable for sexual assault — Whether Court of Appeal erred in

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Appelante/intimée au pourvoi incident*

c.

M.B. *Intimée/appelante au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, Nation Aski Nishnawbe, Insurance Corporation of British Columbia, Patrick Dennis Stewart, F.L.B., R.A.F., R.R.J., M.L.J., M.W., Victor Brown, Benny Ryan Clappis, Danny Louie Daniels, Robert Daniels, Charlotte (Wilson) Guest, Daisy (Wilson) Hayman, Irene (Wilson) Starr, Pearl (Wilson) Stelmacher, Frances Tait, James Wilfrid White, Allan George Wilson, Donna Wilson, John Hugh Wilson, Terry Aleck, Gilbert Spinks, Ernie James et Ernie Michell *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : M.B. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence neutre : 2003 CSC 53.

N° du greffe : 28616.

2002 : 5, 6 décembre; 2003 : 2 octobre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Responsabilité — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant placée en famille d'accueil agressée sexuellement par son père d'accueil — L'État est-il responsable du fait d'autrui pour l'agression sexuelle? — L'État a-t-il manqué à une obligation intransmissible?

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Intérêt avant jugement — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant placée dans une famille d'accueil agressée sexuellement par son père

varying trial judge's assessment of damages — Whether trial judge correct in deducting social assistance benefits from award for loss of past opportunity to earn income — Whether Court of Appeal adopted proper approach in calculating prejudgment interest on award for loss of earning capacity — Whether Court of Appeal correct to reduce damage award.

The respondent was apprehended by the Ministry of Social Services at the age of thirteen. She had come from a severely troubled home. Her father was frequently violent and had abused the respondent for eight years beginning when she was four years old. The respondent was made a temporary ward of the Superintendent of Child Welfare, and placed in the foster home of Mr. and Mrs. P. Mr. P. engaged in sexually inappropriate behaviour during this time and sexually assaulted the respondent near the end of June 1976. The respondent brought claims against the Crown for negligence, vicarious liability, breach of non-delegable duty and breach of fiduciary duty. The trial judge found that although the respondent's social workers were negligent in their monitoring and supervision of the placement, this negligence was not a cause of the abuse. However, the trial judge held that the Crown was vicariously liable to the respondent for Mr. P.'s tort, and also for Mr. P.'s breach of his fiduciary duty to her. She also held that his tort constituted a breach of the Crown's non-delegable duty to look after the welfare of foster children. A majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal, but reduced the award for non-pecuniary loss on the basis that the trial judge had failed to exclude the effects of the abuse that the respondent received from her biological father before entering foster care. A five-member panel of the court subsequently concluded by a majority that social assistance payments should not have been deducted from the respondent's award for past loss of earnings, but it lowered the award on the basis that due consideration should be given to the effects of the prior abuse by the respondent's biological father. It also held that prejudgment interest on the award should be calculated by treating the award as a stream of income received evenly in six-month intervals over the pre-trial period. The Crown appealed to this Court on the question of liability, and on the question of whether the Court of Appeal was correct in ruling that social assistance payments are not deductible from awards for past loss of earnings. The respondent cross-appealed on whether the Court of Appeal was correct to reduce the damage award

d'accueil — L'État est-il responsable de l'agression sexuelle? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l'évaluation des dommages-intérêts faite par la juge de première instance? — La juge de première instance a-t-elle déduit à juste titre les prestations d'aide sociale de l'indemnité accordée pour perte de la capacité de gagner un revenu dans le passé? — La Cour d'appel a-t-elle calculé comme il se doit l'intérêt avant jugement sur l'indemnité accordée pour perte de capacité de gain? — La Cour d'appel a-t-elle à juste titre réduit le montant des dommages-intérêts?

L'intimée a été appréhendée par le Ministry of Social Services à l'âge de treize ans. Elle venait d'une famille grandement perturbée. Son père était souvent violent et l'avait agressée alors qu'elle n'avait que quatre ans et pendant les huit ans qui allaient suivre. L'intimée a été placée sous la tutelle provisoire du Superintendent of Child Welfare, puis en famille d'accueil chez M. et M^{me} P. Monsieur P. a commencé à cette époque à se livrer à des comportements sexuellement inappropriés et a agressé sexuellement l'intimée vers la fin de juin 1976. L'intimée a poursuivi l'État, alléguant la négligence, la responsabilité du fait d'autrui, le manquement à une obligation intransmissible et le manquement à une obligation fiduciaire. La juge de première instance a considéré que, bien que les travailleurs sociaux s'occupant de l'intimée aient fait preuve de négligence dans la surveillance et le contrôle du placement, cette négligence n'était pas une cause des agressions. La juge de première instance a toutefois tenu l'État responsable du fait d'autrui pour le délit civil commis par M. P. contre l'intimée ainsi que pour le manquement de ce dernier à son obligation fiduciaire envers elle. Elle a aussi estimé que son délit constituait un manquement à l'obligation intransmissible de l'État de veiller au bien-être des enfants placés en famille d'accueil. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel de l'État mais ont réduit l'indemnité pour les pertes non pécuniaires, estimant que la juge de première instance avait omis d'exclure les effets imputables à la violence infligée par le père biologique de l'intimée avant son placement en famille d'accueil. Un comité de cinq juges de la cour a subséquemment conclu à la majorité que les prestations d'aide sociale n'auraient pas dû être déduites du montant accordé au titre de la perte de revenus passée, mais il a réduit ce montant au motif qu'il convenait de prendre dûment en compte les effets des agressions antérieures de l'intimée par son père biologique. Il a de plus statué qu'il fallait calculer l'intérêt avant jugement en considérant l'indemnité comme un revenu reçu à intervalles réguliers de six mois au cours de la période ayant précédé le procès. L'État s'est pourvu devant notre Cour sur la question de la responsabilité et sur celle de savoir

and whether it adopted the proper method for calculating prejudgment interest on the award.

Held (Arbour J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ.: The government is not vicariously liable for torts committed by foster parents against foster children in their care on the ground that foster parents are not, in their daily affairs, acting “on account of” or on behalf of the government. For this reason, it would be inappropriate to hold the Crown vicariously liable for the sexual abuse of the respondent by her foster father. On the issue of non-delegable duty, there is no provision in the *Protection of Children Act* that suggests that the Superintendent stands under a general non-delegable duty to ensure that no harm comes to children through the abuse or negligence of foster parents, such as would render the Superintendent liable for their tortious conduct. While the Crown’s appeal is accordingly allowed and it is therefore not necessary to decide the three issues pertaining to damages, they should be canvassed briefly in the interest of providing guidance.

The trial judge was correct in deducting social assistance benefits from the respondent’s award for loss of past opportunity to earn income. Nothing has been put forward to displace the common sense proposition that social assistance benefits are a form of wage replacement. It follows that the only way in which they can be non-deductible at common law is if they fit within the charitable benefits exception, or if this Court carves out a new exception. Otherwise, retention of them would amount to double recovery. Social assistance does not fit within the charitable benefits exception. Neither of the rationales for the exception — that individuals who wish to help those who are in need should not be discouraged from doing so and that it is difficult to assess the monetary value of certain forms of private charity — seems to apply in the case of social assistance benefits made by the government. The Court should not carve out a new policy-based exception for social assistance. Given that social assistance benefits come out of public funds, and given that taxpayers contribute to these funds in the belief that they will be used for legitimate purposes such as relieving genuine need, it seems unfair to taxpayers to allow certain plaintiffs to

si la Cour d’appel a correctement statué que les prestations d’aide sociale ne sont pas déductibles du montant accordé pour perte de revenus passée. Dans un pourvoi incident, l’intimée a soulevé la question de savoir si la Cour d’appel a eu raison de réduire le montant des dommages-intérêts et si elle a calculé comme il se doit l’intérêt avant jugement.

Arrêt (la juge Arbour est dissidente en partie) : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps : L’État n’est pas responsable du fait d’autrui pour les délits commis par des parents de famille d’accueil contre les enfants qui leur sont confiés, au motif que ces parents n’agissent pas, au jour le jour, « pour le compte » ou au nom de l’État. Pour ce motif, il serait inopportun de tenir l’État responsable du fait d’autrui pour la violence sexuelle exercée contre l’intimée par son père d’accueil. En ce qui concerne l’obligation intransmissible, rien dans la *Protection of Children Act* ne donne à penser que le surintendant est soumis à une obligation intransmissible de s’assurer qu’aucun enfant ne subisse de préjudice du fait des mauvais traitements ou de la négligence des parents d’accueil, obligation qui le rendrait responsable de leur conduite délictueuse. Bien que le pourvoi de l’État soit en conséquence accueilli, et qu’il ne soit donc pas nécessaire de trancher les trois questions relatives aux dommages-intérêts, il convient de les examiner brièvement pour guider l’analyse.

La juge de première instance a déduit à juste titre les prestations d’aide sociale de l’indemnité accordée à l’intimée pour perte de la capacité de gagner un revenu dans le passé. Aucun argument n’a été avancé pour réfuter la proposition sensée selon laquelle les prestations d’aide sociale constituent une forme de remplacement du revenu. Il s’ensuit que ces prestations ne peuvent être considérées comme non déductibles en common law que si elles tombent sous le coup de l’exception visant les dons de charité, ou si notre Cour crée une nouvelle exception. Autrement, leur non-déduction équivaldrait à une double indemnisation. L’aide sociale ne relève pas de l’exception visant les dons de charité. Aucun des principes sous-jacents à cette exception — la nécessité de ne pas décourager les individus désireux d’aider les plus démunis et la difficulté d’évaluer la valeur pécuniaire de certaines formes de charité privée — ne semble s’appliquer dans le cas des prestations d’aide sociale versées par l’État. La Cour ne devrait pas créer une exception de politique générale visant l’aide sociale. Étant donné que les prestations d’aide sociale proviennent des fonds publics, auxquels les contribuables contribuent en croyant qu’ils

recover from these funds and then receive a duplicative payment from a tort award.

The Court of Appeal adopted the proper approach in holding that the award for loss of earning capacity should be treated as compensation for the loss of a stream of income received evenly over the pre-trial period, and that prejudgment interest was therefore calculable in six-month intervals under s. 1(2)(b) of the *Court Order Interest Act*. The Court of Appeal erred, however, in substituting its own assessment of the appropriate quantum of damages. The trial judge's assessment of what proportion of the damage sustained by the respondent was caused by the foster father's assault is a judgment of fact, which an appellate court cannot set aside absent "palpable and overriding error", and there was no such error in the trial judge's approach.

Per Arbour J. (dissenting in part): Vicarious liability is made out in this case. The relationship between the state and foster parents is sufficiently close that the relationship is capable of attracting vicarious liability. In addition, the wrongful act is so closely associated with the power and intimacy created by the foster care relationship that it can fairly be said that the government's empowerment of foster parents materially increased the risk of sexual abuse of foster children. There is no breach of non-delegable duty for the reasons set out by the majority in *K.L.B.* There was agreement with the majority on the damages issues.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; **referred to:** *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *M. (M.) v. F. (R.)* (1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; *Bustard v. Boucher*, [1997] N.B.J. No. 39 (QL); *Cockerill v. Willms Transport (1964) Ltd.* (2001), 284 A.R. 256, 2001 ABQB 136; *Ramsay (Tichkowsky) v. Bain* (1995), 170 A.R. 298; *M.S. v. Baker* (2001), 309 A.R. 1, 2001 ABQB 1032; *Krangle (Guardian ad litem of) v. Brisco*, [2002] 1 S.C.R. 205, 2002 SCC 9; *Lincoln v. Hayman*, [1982] 2 All E.R. 819; *Hodgson v. Trapp*, [1989] 1 A.C. 807; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *The Queen v. Jennings*, [1966]

serviront à des fins légitimes comme le soulagement de besoins réels, il semble injuste du point de vue des contribuables de permettre à certains demandeurs de toucher ces fonds et de recevoir ce montant une deuxième fois sous forme de dommages-intérêts.

La Cour d'appel a correctement statué que le montant accordé au titre de la perte de capacité de gain devait être considéré comme une indemnité pour la perte d'un flux de revenu s'étendant sur la période ayant précédé le procès, et que l'intérêt avant jugement devait donc être calculé semestriellement, conformément à l'al. 1(2)b) de la *Court Order Interest Act*. La Cour d'appel a toutefois commis une erreur en substituant sa propre évaluation du montant des dommages-intérêts qu'il convenait d'accorder. L'évaluation par la juge de première instance de la part du dommage subi par l'intimée qui était attribuable à l'agression commise par son père d'accueil constitue un jugement sur les faits qu'une cour d'appel ne peut infirmer en l'absence d'une erreur « manifeste et dominante », et il ne se trouvait aucune erreur manifeste et dominante dans l'approche adoptée par la juge de première instance.

La juge Arbour (dissidente en partie) : La responsabilité du fait d'autrui a été établie en l'espèce. La relation entre l'État et les parents de famille d'accueil est suffisamment étroite pour engager la responsabilité du fait d'autrui. En outre, l'acte fautif est si étroitement lié au pouvoir et à l'intimité qui résultent de la relation existant au sein d'une famille d'accueil qu'on peut à juste titre avancer que l'habilitation des parents d'accueil par l'État a sensiblement accru le risque d'agression sexuelle des enfants confiés à leurs soins. Il n'y a pas manquement à une obligation intransmissible pour les motifs que les juges formant la majorité ont exposés dans *K.L.B.* Il y a accord avec la majorité sur la question des dommages-intérêts.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; **arrêts mentionnés :** *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *M. (M.) c. F. (R.)* (1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Bustard c. Boucher*, [1997] A.N.-B. n° 39 (QL); *Cockerill c. Willms Transport (1964) Ltd.* (2001), 284 A.R. 256, 2001 ABQB 136; *Ramsay (Tichkowsky) c. Bain* (1995), 170 A.R. 298; *M.S. c. Baker* (2001), 309 A.R. 1, 2001 ABQB 1032; *Krangle (Tutrice à l'instance de) c. Brisco*, [2002] 1 R.C.S. 205, 2002 CSC 9; *Lincoln c. Hayman*, [1982] 2 All E.R. 819; *Hodgson c. Trapp*, [1989] 1 A.C. 807; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *The*

S.C.R. 532; *Earnshaw v. Despins* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 380; *Palmer v. Goodall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 44; *Pallos v. Insurance Corp. of British Columbia* (1995), 100 B.C.L.R. (2d) 260; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

By Arbour J. (dissenting in part)

K.L.B v. British Columbia, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51.

Statutes and Regulations Cited

BC Benefits (Income Assistance) Act, R.S.B.C. 1996, c. 27.
Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, c. 79, s. 1(1), (2).
Guaranteed Available Income for Need Act, R.S.B.C. 1979, c. 158.
Health and Other Services (Compensation) Act 1995 (Cth.).
Protection of Children Act, R.S.B.C. 1960, c. 303 [am. 1968, c. 41], ss. 8(8), 11(1), 11A(1) [am. 1973, c. 71, s. 6], 15(3).
Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997 (U.K.), 1997, c. 27.

Authors Cited

Cooper-Stephenson, Kenneth D. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998.
 Great Britain. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. Report, vol. I. London: Her Majesty's Stationery Office, 1978.
 Lewis, Richard. "Deducting collateral benefits from damages: principle and policy" (1998), 18 *Legal Studies* 15.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 197 D.L.R. (4th) 385 (*sub nom. B. (M.) v. British Columbia*), [2001] 5 W.W.R. 6, 151 B.C.A.C. 70, 249 W.A.C. 70, 87 B.C.L.R. (3d) 12, 4 C.C.L.T. (3d) 163, [2001] B.C.J. No. 586 (QL), 2001 BCCA 227, with supplementary reasons (2002), 10 C.C.L.T. (3d) 76, 99 B.C.L.R. (3d) 256, 164 B.C.A.C. 247, 268 W.A.C. 247, 211 D.L.R. (4th) 295, [2002] 5 W.W.R. 327, [2002] B.C.J. No. 390 (QL), 2002 BCCA 142, varying a decision of the British Columbia Supreme Court, [2000] B.C.J. No. 909 (QL), 2000 BCSC 735. Appeal

Queen c. Jennings, [1966] R.C.S. 532; *Earnshaw c. Despins* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 380; *Palmer c. Goodall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 44; *Pallos c. Insurance Corp. of British Columbia* (1995), 100 B.C.L.R. (2d) 260; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Citée par la juge Arbour (dissidente en partie)

K.L.B c. Colombie-Britannique, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51.

Lois et règlements cités

BC Benefits (Income Assistance) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 27.
Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 79, art. 1(1), (2).
Guaranteed Available Income for Need Act, R.S.B.C. 1979, ch. 158.
Health and Other Services (Compensation) Act 1995 (Cth.).
Protection of Children Act, R.S.B.C. 1960, ch. 303 [mod. 1968, ch. 41], art. 8(8), 11(1), 11A(1) [mod. 1973, ch. 71, art. 6], 15(3).
Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997 (U.K.), 1997, ch. 27.

Doctrine citée

Cooper-Stephenson, Kenneth D. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998.
 Grande-Bretagne. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. Report, vol. I. London: Her Majesty's Stationery Office, 1978.
 Lewis, Richard. « Deducting collateral benefits from damages: principle and policy » (1998), 18 *Legal Studies* 15.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 197 D.L.R. (4th) 385 (*sub nom. B. (M.) c. British Columbia*), [2001] 5 W.W.R. 6, 151 B.C.A.C. 70, 249 W.A.C. 70, 87 B.C.L.R. (3d) 12, 4 C.C.L.T. (3d) 163, [2001] B.C.J. No. 586 (QL), 2001 BCCA 227, avec motifs supplémentaires (2002), 10 C.C.L.T. (3d) 76, 99 B.C.L.R. (3d) 256, 164 B.C.A.C. 247, 268 W.A.C. 247, 211 D.L.R. (4th) 295, [2002] 5 W.W.R. 327, [2002] B.C.J. No. 390 (QL), 2002 BCCA 142, qui a modifié une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2000] B.C.J. No. 909 (QL), 2000

allowed and cross-appeal dismissed, Arbour J. dissenting in part.

John J. L. Hunter, Q.C., Thomas H. MacLachlan, Q.C., and Karen Horsman, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Gail M. Dickson, Q.C., Karen E. Jamieson and Cristen L. Gleeson, for the respondent/appellant on cross-appeal.

David Sgayias, Q.C., and Kay Young, for the intervener the Attorney General of Canada.

Susan M. Vella and Elizabeth K. P. Grace, for the intervener the Nishnawbe Aski Nation.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and Guy P. Brown, for the intervener the Insurance Corporation of British Columbia.

David Paterson and Diane Soroka, for the interveners Patrick Dennis Stewart et al.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps J.J. was delivered by

¹ THE CHIEF JUSTICE — The main issue in this appeal is whether the government is liable for the sexual assault of a foster child by her foster father, under the doctrines of vicarious liability or breach of non-delegable duty. Issues also arise on the trial judge's damage awards.

² The appeal was heard together with *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, and *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52. In *K.L.B.*, this Court considered in detail whether the government should be held liable for the abuse of foster children by foster parents, and on what basis. The principles established in that case are determinative of this appeal.

BCSC 735. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge Arbour est dissidente en partie.

John J. L. Hunter, c.r., Thomas H. MacLachlan, c.r., et Karen Horsman, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Gail M. Dickson, c.r., Karen E. Jamieson et Cristen L. Gleeson, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

David Sgayias, c.r., et Kay Young, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Susan M. Vella et Elizabeth K. P. Grace, pour l'intervenante la Nation Aski Nishnawbe.

Christopher E. Hinkson, c.r., et Guy P. Brown, pour l'intervenante Insurance Corporation of British Columbia.

David Paterson et Diane Soroka, pour les intervenants Patrick Dennis Stewart et autres.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps rendu par

LA JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si, en vertu de la règle de la responsabilité du fait d'autrui ou en raison de son manquement à une obligation intransmissible, l'État est responsable de la violence sexuelle exercée par un père de famille d'accueil contre une enfant placée chez lui. Il y est également question des dommages-intérêts accordés par la juge de première instance.

Le pourvoi a été entendu conjointement avec les affaires *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, et *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52. Dans *K.L.B.*, notre Cour a examiné en détail la question de savoir sur quel fondement, le cas échéant, l'État doit être tenu responsable des mauvais traitements que les parents de famille d'accueil infligent aux enfants qui leur sont confiés. Les principes établis dans cette affaire déterminent l'issue du présent pourvoi.

On the basis of the principles established in *K.L.B.*, and for the reasons that follow, I would allow the appeal.

I. Background

The respondent, M.B., was apprehended by the British Columbia Ministry of Social Services in May 1975, at the age of 13. She had come from a severely troubled home. Her mother was chronically ill and suffered from ongoing drug dependency. Her father was frequently violent and had abused M.B. for eight years beginning when she was four years old. He was eventually convicted of a number of criminal offences relating to his sexual abuse of her.

In July 1975, M.B. was made a temporary ward of the Superintendent of Child Welfare, and placed in the foster home of Mr. and Mrs. P. The couple had been foster parents for many years. Mrs. P. was ill at the time that M.B. lived with them, and so Mr. P. assumed primary care for her and for the two other foster children who lived in the home from 1975 to 1976.

Mr. P. engaged in sexually inappropriate behaviour during this time. This included masturbating in public areas of the home where the foster girls could observe him; engaging in physical contact with M.B. and one other foster girl that caused them discomfort; and offering M.B. a ring and use of a car in exchange for sex, an offer that she rejected. According to the trial judge, neither Mr. P.'s friends nor the children's social workers were in a position to observe this inappropriate behaviour on their visits to the home, since he did not engage in it while adults were visiting. M.B. did not tell anyone about Mr. P.'s inappropriate behaviour while she was living in the home.

During this time, M.B.'s social worker took few if any steps to supervise and monitor the placement. The trial judge found no evidence that she visited the P. home or had any direct contact with M.B. during the time that she was there. She did offer M.B. counselling for her prior experience of sexual

3
Sur le fondement des principes établis dans *K.L.B.*, et pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. Les faits

4
L'intimée, M.B., a été appréhendée par le Ministry of Social Services de la Colombie-Britannique en mai 1975, à l'âge de 13 ans. Elle venait d'une famille grandement perturbée. Sa mère souffrait de maladie chronique et avait développé une dépendance aux médicaments. Son père était souvent violent et avait agressé sexuellement M.B. alors qu'elle n'avait que quatre ans et pendant les huit années qui allaient suivre. Il a par la suite été déclaré coupable d'un certain nombre d'infractions criminelles pour les agressions sexuelles commises contre elle.

5
En juillet 1975, M.B. a été placée sous la tutelle provisoire du Superintendent of Child Welfare, puis chez M. et M^{me} P. qui étaient parents d'accueil depuis de nombreuses années. Madame P. étant malade à l'époque où M.B. vivait avec eux, c'est principalement M. P. qui a pris soin de M.B. et des deux autres enfants hébergés dans la famille en 1975 et 1976.

6
Monsieur P. a commencé à cette époque à se livrer à des comportements sexuellement inappropriés. Il s'est notamment masturbé dans des aires communes de la maison où les filles confiées aux soins de la famille pouvaient l'observer, il a eu des contacts physiques avec M.B. et une autre fille qu'il hébergeait, les mettant toutes deux mal à l'aise, et il a offert à M.B. une bague et l'usage d'une voiture en échange de faveurs sexuelles, ce qu'elle a refusé. Selon la juge de première instance, ni les amis de M. P. ni les travailleurs sociaux s'occupant des enfants n'ont eu l'occasion d'observer ces comportements inappropriés lors de leurs visites, puisque M. P. ne se livrait pas à de tels actes en présence d'adultes. Pendant son séjour chez lui, M.B. n'a jamais parlé à quiconque du comportement inapproprié de M. P.

7
Au cours de cette période, la travailleuse sociale s'occupant de M.B. a pris peu de mesures, sinon aucune, pour surveiller et contrôler son placement en famille d'accueil. La juge de première instance n'a relevé aucune preuve de visites au domicile des P. ou de contacts directs avec M.B. lorsque celle-ci

abuse by her father. However, M.B. either refused or did not continue with this counselling.

8 Mr. P. sexually assaulted M.B. near the end of June 1976. She left the home immediately, and returned to her mother's house. The trial judge found that she did not tell her social worker that the assault had taken place. She also found that the lack of a good relationship between M.B. and her social worker would have made it highly unlikely that further counselling would have induced M.B. to go to a new foster home.

9 M.B.'s life at home with her mother and brother was chaotic. Although her father had stopped visiting the home and was no longer a threat, her mother was still addicted to prescription drugs and was hospitalized from time to time for overdoses. M.B. became primarily responsible for the care of her mother and her brother. She did not finish Grade 9 and was expelled from school in Grade 10. Although social workers attempted to provide help to the family, most of this help was directed towards M.B.'s mother and younger brother. Her mother received drug counselling; and social workers were assigned to her brother to try to motivate him to attend school. Her mother committed suicide in 1983.

10 Both Mr. and Mrs. P. had died by the time that M.B. initiated her action in 1997. M.B. brought claims against the Crown for negligence, vicarious liability, breach of non-delegable duty and breach of fiduciary duty. She initially joined her biological father as a defendant, but a settlement with him was reached prior to trial.

11 At trial, Levine J. found that although M.B.'s social workers were negligent in their monitoring and supervision of the placement, this negligence was not a cause of the abuse ([2000] B.C.J. No. 909 (QL), 2000 BCSC 735). In Levine J.'s assessment, more frequent visits to the P. home would not have enabled social workers to detect the sexually inappropriate behaviour of Mr. P., or to suspect that he would assault M.B. Although regular contact with

y vivait. La travailleuse sociale lui a certes offert une aide psychologique pour avoir été agressée sexuellement par son père, mais soit que M.B. ait refusé cette aide, soit qu'elle y ait mis un terme.

C'est vers la fin de juin 1976 que M. P. a agressé sexuellement M.B. Celle-ci a quitté immédiatement le foyer d'accueil et est retournée chez sa mère. La juge de première instance a constaté que M.B. n'avait pas fait part de cette agression à la travailleuse sociale. Elle a également estimé que, vu l'absence d'une bonne relation entre M.B. et la travailleuse sociale, il aurait été très surprenant qu'une aide psychologique additionnelle incite M.B. à aller vivre dans un autre foyer d'accueil.

La vie de M.B. à la maison, avec sa mère et son frère, était chaotique. Même si son père avait cessé de leur rendre visite et ne représentait désormais plus une menace, sa mère souffrait toujours de pharmacodépendance et était hospitalisée périodiquement pour des surdoses. M.B. a dû s'occuper au premier chef de sa mère et de son frère. Elle n'a pas terminé sa 9^e année et a été expulsée de l'école en 10^e année. Les travailleurs sociaux ont tenté d'aider la famille, mais leur aide était surtout dirigée vers la mère et le jeune frère de M.B. Sa mère a bénéficié de services pour sa toxicomanie et des travailleurs sociaux ont été chargés de motiver son frère à fréquenter l'école. Sa mère s'est suicidée en 1983.

Monsieur et M^{me} P. étaient tous deux décédés lorsque M.B. a intenté son action en 1997. M.B. a poursuivi l'État, alléguant la négligence, la responsabilité du fait d'autrui, le manquement à une obligation intransmissible et le manquement à une obligation fiduciaire. Le père biologique de M.B. avait initialement été constitué défendeur, mais un règlement est intervenu avant la tenue du procès.

En première instance, la juge Levine a considéré que, bien que les travailleurs sociaux s'occupant de M.B. aient fait preuve de négligence dans la surveillance et le contrôle du placement, cette négligence n'était pas une cause des agressions ([2000] B.C.J. No. 909 (QL), 2000 BCSC 735). À son avis, même si les visites au domicile des P. avaient été plus fréquentes, les travailleurs sociaux n'auraient pu détecter le comportement sexuellement inapproprié

her social worker and a more trusting and intimate relationship with her might have led M.B. to tell her what was going on, Levine J. felt that this possibility was too speculative to support a finding of causation. However, Levine J. held that the Crown was vicariously liable to M.B. for Mr. P.'s tort, and also for Mr. P.'s breach of his fiduciary duty to her. She also held that his tort also constituted a breach of the Crown's non-delegable duty to look after the welfare of foster children. She held that there was no breach of the Crown's fiduciary duty, on the grounds that the Crown did not take advantage of M.B.'s trust for its own personal advantage.

The Crown appealed to the British Columbia Court of Appeal on the issues of vicarious liability and breach of non-delegable duty ((2001), 87 B.C.L.R. (3d) 12, 2001 BCCA 227). A majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal, but reduced the award for non-pecuniary loss on the basis that Levine J. had failed to exclude the effects of the abuse that M.B. received from her biological father before entering foster care. Both Prowse J.A. and Mackenzie J.A. upheld the conclusion that the Crown had breached a non-delegable duty. Prowse J.A. also upheld the conclusion that vicarious liability was appropriate. However, Mackenzie J.A. rejected it, on the grounds that the foster parents were not employees of the Crown. McEachern C.J.B.C., in dissent, would have allowed the appeal. In his view, the Crown's lack of control over the day-to-day activities in foster homes rendered vicarious liability inappropriate; and the applicable statute did not, in his mind, impose a non-delegable duty on the Crown to guarantee that no harm came to foster children.

After the Court of Appeal delivered its judgment, it convened a five-member panel to consider two

de M. P. ni soupçonner qu'il allait agresser M.B. Quoiqu'un contact régulier avec la travailleuse sociale chargée de son cas et une relation de confiance plus intime avec elle eussent pu inciter M.B. à lui révéler les incidents, la juge Levine a estimé que cette possibilité était trop hypothétique pour conclure à un lien de causalité. Elle a toutefois tenu l'État responsable du fait d'autrui pour le délit civil commis par M. P. contre M.B. ainsi que pour le manquement de ce dernier à son obligation fiduciaire envers elle. La juge Levine a aussi estimé que le délit commis par M. P. constituait également un manquement à l'obligation intransmissible de l'État de veiller au bien-être des enfants placés en famille d'accueil. Elle a conclu que l'État n'a pas manqué à son obligation fiduciaire parce qu'il n'a pas abusé de la confiance de M.B. pour son propre avantage personnel.

L'État a interjeté appel auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur les questions relatives à la responsabilité du fait d'autrui et au manquement à une obligation intransmissible ((2001), 87 B.C.L.R. (3d) 12, 2001 BCCA 227). Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel de l'État mais ont réduit l'indemnité pour les pertes non pécuniaires, estimant que la juge Levine avait omis d'exclure les effets imputables à la violence infligée à M.B. par son père biologique avant son placement en famille d'accueil. La juge Prowse et le juge Mackenzie ont tous deux confirmé la conclusion que l'État avait manqué à une obligation intransmissible. La juge Prowse a aussi confirmé la conclusion sur l'opportunité de retenir la responsabilité du fait d'autrui. Le juge Mackenzie a pour sa part rejeté cette conclusion au motif que les parents de famille d'accueil ne sont pas des employés de l'État. Inscrivant sa dissidence, le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique aurait accueilli l'appel. À son avis, l'État ne pouvait être tenu responsable du fait d'autrui parce qu'il n'exerçait aucun contrôle sur les activités quotidiennes des foyers d'accueil; et, dans son esprit, la loi applicable n'imposait pas à l'État l'obligation intransmissible de garantir que les enfants placés en famille d'accueil ne subiraient aucun préjudice.

Après avoir rendu jugement, la Cour d'appel a formé un comité de cinq membres chargé

further issues relating to damages. These were whether the social assistance payments received by M.B. should be deducted from her award for past loss of earnings and how prejudgment interest should be calculated on her award for past loss of earnings. The Court of Appeal concluded by a majority of 3-2 that social assistance payments should not have been deducted; but it lowered the award for past loss of earnings on the basis that due consideration should be given to the effects of the prior abuse by M.B.'s biological father ((2002), 99 B.C.L.R. (3d) 256, 2002 BCCA 142). It also held that pre-judgment interest on the award for past loss of earnings should be calculated, not on the entire sum from the time of the tort, as the trial judge had done, but by treating the award as a stream of income received evenly in six-month intervals over the pre-trial period.

14 The Crown now appeals to this Court on the question of liability, and on the question of whether the Court of Appeal was correct in ruling that social assistance payments are not deductible from awards for past loss of earnings. M.B. cross-appeals on two further issues relating to damages: first, whether the Court of Appeal was correct to reduce the awards for non-pecuniary loss and past loss of earnings on the basis that the trial judge failed to factor in the effects of the pre-foster-care abuse, and second, whether the proper method for calculating prejudgment interest on an award for past loss of earnings is by treating the award as a stream of income received evenly in six-month intervals over the pre-trial period.

II. Issues

15 The issues are:

- (1) Is the Crown vicariously liable for the sexual abuse of M.B. by her foster father?

de se pencher sur deux autres questions liées aux dommages-intérêts. Il s'agissait de savoir s'il fallait déduire les prestations d'aide sociale versées à M.B. du montant accordé au titre de la perte de revenus passée et de déterminer la façon de calculer les intérêts avant jugement sur ce montant. Par une majorité de trois contre deux, la Cour d'appel a conclu que les prestations d'aide sociale n'auraient pas dû être déduites, mais elle a réduit le montant accordé au titre de la perte de revenus passée au motif qu'il convenait de prendre dûment en compte les effets des agressions antérieures de M.B. par son père biologique ((2002), 99 B.C.L.R. (3d) 256, 2002 BCCA 142). De plus, la cour a statué que les intérêts avant jugement sur l'indemnité pour perte de revenus passée devaient être calculés, non pas sur le plein montant de l'indemnité depuis la commission du délit, comme l'avait fait la juge de première instance, mais bien sur l'indemnité considérée comme un revenu reçu à intervalles réguliers de six mois au cours de la période ayant précédé le procès.

L'État se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour sur la question de la responsabilité et sur celle de savoir si la Cour d'appel a correctement statué que les prestations d'aide sociale ne sont pas déductibles du montant accordé pour perte de revenus passée. Dans un pourvoi incident, M.B. soulève deux autres questions liées aux dommages-intérêts, à savoir, premièrement, si la Cour d'appel a eu raison de réduire les montants accordés pour perte non pécuniaire et perte de revenus passée au motif que la juge de première instance a omis de prendre en compte les effets de la violence ayant précédé le placement en foyer d'accueil et, deuxièmement, s'il convient, aux fins de calcul des intérêts avant jugement sur l'indemnité pour perte de revenus passée, de considérer cette indemnité comme un revenu reçu à intervalles réguliers de six mois au cours de la période antérieure au procès.

II. Questions en litige

Nous sommes donc saisis des questions suivantes :

- (1) L'État est-il responsable du fait d'autrui pour la violence sexuelle exercée contre M.B. par son père d'accueil?

- (2) Did the Crown breach a non-delegable duty?
- (3) Did the Court of Appeal err in varying the trial judge's assessment of damages, on the basis of its own judgment regarding apportionment; on the basis that social assistance payments are not deductible; or on the basis that prejudgment interest should be calculated incrementally?

III. Analysis

1. *Is the Crown Vicariously Liable for the Sexual Abuse of M.B. by Her Foster Father?*

This issue is answered in *K.L.B.*, where it is held that the government is not vicariously liable for torts committed by foster parents against foster children in their care on the ground that foster parents are not, in their daily affairs, acting "on account of" or on behalf of the government. For this reason, discussed more fully in *K.L.B.*, it would be inappropriate to hold the Crown vicariously liable for the sexual abuse of M.B. by her foster father. I would therefore allow the Crown's appeal on this issue.

2. *Did the Crown's Conduct Amount to a Breach of a Non-Delegable Duty?*

The applicable statute in the case at bar is the same statute that was considered in *K.L.B.*, albeit with certain amendments which do not affect the substance of the provisions at issue: *Protection of Children Act*, R.S.B.C. 1960, c. 303 (am. S.B.C. 1968, c. 41). (The relevant legislative provisions are reproduced in the Appendix.) As noted in *K.L.B.*, at para. 34, the Act imposes a number of non-delegable duties upon the Superintendent, including: a duty to care for the physical well-being of the child before the child is placed in foster care (s. 8(8)); a duty to place the child in such a place as best meets his or her needs, or to deliver the child to a children's aid society (ss. 11(1) and 11A(1)); and a duty to make a report to the Minister if at any time it appears to the Superintendent that any children's aid society

- (2) L'État a-t-il manqué à une obligation intransmissible?
- (3) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant le montant des dommages-intérêts fixé par la juge de première instance au motif qu'elle les aurait répartis différemment, que les prestations d'aide sociale ne sont pas déductibles ou que les intérêts avant jugement devaient être calculés sur un montant échelonné?

III. Analyse

1. *L'État est-il responsable du fait d'autrui pour la violence sexuelle exercée contre M.B. par son père d'accueil?*

La réponse à cette question se trouve dans l'arrêt *K.L.B.*, où l'on a statué que l'État n'est pas responsable du fait d'autrui pour les délits commis par des parents de famille d'accueil contre les enfants qui leur sont confiés, au motif que ces parents n'agissent pas, au jour le jour, « pour le compte » ou au nom de l'État. Pour ce motif, analysé plus en détail dans *K.L.B.*, il serait inopportun de tenir l'État responsable du fait d'autrui pour la violence sexuelle exercée contre M.B. par son père d'accueil. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de l'État sur cette question.

2. *L'État a-t-il manqué à une obligation intransmissible?*

Hormis quelques modifications qui ne touchent pas au fond des dispositions en cause, la loi qui s'applique à la présente espèce est la même que celle qui a été examinée dans *K.L.B.* : *Protection of Children Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 303 (mod. S.B.C. 1968, ch. 41). (Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites dans l'annexe.) Comme on le souligne au par. 34 de *K.L.B.*, la Loi impose au surintendant un certain nombre d'obligations intransmissibles, notamment : veiller au bien-être physique de l'enfant avant son placement en famille d'accueil (par. 8(8)); placer l'enfant dans un établissement propre à répondre le mieux possible à ses besoins ou le confier à une société d'aide à l'enfance (par. 11(1) et 11A(1)); et faire rapport au ministre s'il estime que la société d'aide à l'enfance ou la famille d'accueil

or foster home is not in the best interests of a child in its custody or care (s.15(3)). These are all non-delegable duties to ensure that certain quite specific actions are performed in connection with the children's care. However, there is no provision in the Act that suggests that the Superintendent stands under a general non-delegable duty to ensure that no harm comes to children through the abuse or negligence of foster parents, such as would render the Superintendent liable for their tortious conduct.

18 For these reasons, laid out in full in *K.L.B.*, I would allow the Crown's appeal on the issue of non-delegable duty.

3. *Was the Court of Appeal Correct to Reduce the Awards for Non-Pecuniary Loss and Past Loss of Earnings?*

19 Given my conclusion that the Crown is not liable to M.B., it is not necessary to decide the three issues pertaining to damages. However, in the interest of providing guidance on the issues raised, I will briefly canvass them.

20 The three issues concerning damage assessment are:

- (a) Was the trial judge correct in deducting social assistance benefits from M.B.'s award for "loss of past opportunity to earn income"?
- (b) What is the appropriate method for calculating interest on this loss? Should interest be awarded on the full amount of this part of the damage award from the time that the cause of action arose, or should this part of the damage award be treated as a stream of income received evenly over the pre-trial period?
- (c) Was the Court of Appeal correct to lower the damage award, on the grounds that Levine J. had failed to exclude the effects of the prior abuse by M.B.'s biological father?

ne sert pas l'intérêt supérieur de l'enfant confié à sa garde ou à ses soins (par. 15(3)). Ce sont toutes là des obligations intransmissibles qui visent à faire en sorte que certains actes bien précis soient accomplis en ce qui concerne les soins aux enfants. Cependant, rien dans la Loi ne donne à penser que le surintendant est soumis à une obligation générale intransmissible de s'assurer qu'aucun enfant ne subisse de préjudice résultant des mauvais traitements ou de la négligence de ses parents d'accueil, obligation qui le rendrait responsable de leur conduite délictueuse.

Pour ces motifs, exposés en détail dans l'arrêt *K.L.B.*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de l'État sur la question de l'obligation intransmissible.

3. *La Cour d'appel a-t-elle eu raison de réduire le montant de l'indemnité pour perte non pécuniaire et pour perte de revenus passée?*

Étant donné ma conclusion que l'État n'est pas responsable envers M.B., il n'est pas nécessaire de trancher les trois questions relatives aux dommages-intérêts. Cependant, pour guider l'analyse des questions soulevées, je les examinerai brièvement.

Les trois questions relatives à la fixation des dommages-intérêts sont les suivantes :

- a) La juge de première instance a-t-elle déduit à juste titre les prestations d'aide sociale de l'indemnité accordée à M.B. pour [TRADUCTION] « perte de la capacité de gagner un revenu dans le passé »?
- b) Quelle méthode convient-il d'appliquer pour calculer les intérêts sur cette perte? Les intérêts doivent-ils courir sur le plein montant de cette partie de l'indemnité à compter du moment où la cause d'action a pris naissance, ou cette partie de l'indemnité devrait-elle être considérée comme un flux de revenu, c'est-à-dire comme un revenu reçu à intervalles réguliers au cours de la période ayant précédé le procès?
- c) La Cour d'appel a-t-elle eu raison de réduire le montant de l'indemnité au motif que la juge Levine avait omis d'exclure les effets des agressions antérieures de M.B. par son père biologique?

(a) Deductibility of Social Assistance Benefits

At trial, Levine J. awarded M.B. damages in the amount of \$172,726.04. This included damages for “loss of past opportunity to earn income” in the net amount of \$10,000. She arrived at the latter figure by deducting social assistance benefits which M.B. had received from a gross award of approximately \$132,000. She did not expand on her reasons for deducting the social assistance benefits, save by citing *M. (M.) v. F. (R.)* (1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127, a decision of the British Columbia Court of Appeal in which that court held that social assistance benefits were deductible.

In its initial judgment on the merits of the case, the Court of Appeal substituted an award of \$50,000 for past loss of opportunity to earn income, without deduction of social assistance benefits. Mackenzie J.A. stated, at para. 106, that “the income assistance arrangement is a collateral matter between the plaintiff and the provincial government that should not influence the quantum of the tort award”, but did not further elaborate upon the court’s reasons for not deducting social assistance benefits.

Counsel applied in writing to the court for clarification of the court’s decision concerning the damages award. As a result, the court convened a five-member panel to decide the issues of deductibility of social assistance payments and prejudgment interest. A 3-2 majority held that income assistance benefits should not be deducted from the award for past loss of earnings.

The first question is whether social assistance is a form of income replacement. If it is not, no duplication arises. If it is, the further question arises of whether social assistance can be excluded from the non-duplication rule under an existing or new exception.

a) Déductibilité des prestations d’aide sociale

En première instance, la juge Levine a accordé à M.B. des dommages-intérêts de 172 726,04 \$. Ce montant comprenait une indemnité au titre de la [TRADUCTION] « perte de la capacité de gagner un revenu dans le passé », au montant net de 10 000 \$. Pour arriver à ce dernier montant, elle a déduit les prestations d’aide sociale versées à M.B. d’une indemnité brute d’environ 132 000 \$. Elle n’a pas précisé la raison pour laquelle elle déduisait les prestations d’aide sociale, se bornant à renvoyer à l’arrêt *M. (M.) c. F. (R.)* (1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127, où la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué que les prestations d’aide sociale étaient déductibles.

Dans son jugement initial au fond, la Cour d’appel a substitué une indemnité de 50 000 \$ au titre de la perte de la capacité de gagner un revenu dans le passé, sans déduction des prestations d’aide sociale. Au paragraphe 106 des motifs, le juge Mackenzie dit que [TRADUCTION] « l’arrangement concernant l’aide sociale est une question incidente entre la demanderesse et le gouvernement provincial qui ne devrait pas influencer sur le montant des dommages-intérêts », sans autrement préciser pourquoi il ne déduisait pas les prestations d’aide sociale.

Les avocats ont présenté à la cour une demande écrite pour obtenir des précisions sur les dommages-intérêts. La cour a donc formé un comité de cinq juges chargé de trancher les questions de la déductibilité des prestations d’aide sociale et des intérêts avant jugement. Par une majorité de trois contre deux, la cour a conclu que les prestations d’aide sociale ne devaient pas être déduites du montant accordé au titre de la perte de revenus passée.

Il faut d’abord se demander si l’aide sociale constitue une forme de remplacement du revenu. Dans la négative, il n’y a pas double indemnisation. Dans l’affirmative, il faudra en outre se demander s’il est possible, en vertu d’une exception existante ou nouvelle, de soustraire l’aide sociale à la règle interdisant la double indemnisation.

21

22

23

24

(i) *Is Social Assistance a Form of Income Replacement?*

25 It is argued that social assistance is not a form of income replacement, because it is given on the basis of need for the purpose of relieving poverty.

26 In my view, this argument is mistaken. It is true that social assistance benefits are intended to relieve poverty, and that need is the relevant criterion. However, as Smith J.A. pointed out in his dissenting judgment in the Court of Appeal in the case at bar, this does not mean that they are not intended as wage replacement. On the contrary, it suggests that they are intended to replace that part of employment income that would normally be spent on meeting basic needs (para. 162). Most people who require welfare require it because they lack sufficient income to meet their basic needs, and the normal source of sufficient income is employment of one sort or another. Social assistance therefore replaces income that most people would have obtained through employment. It does not purport to replace all of the income they would have obtained if they had a job. It only replaces enough to satisfy basic needs. But it is no less “wage replacement”, simply because it only replaces a portion of the income a person might otherwise have had.

27 The arguments to the contrary do not, with respect, withstand scrutiny. Prowse J.A. argued that neither the *Guaranteed Available Income For Need Act*, R.S.B.C. 1979, c. 158 (“*GAIN Act*”), nor the *BC Benefits (Income Assistance) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 27 — the legislation under which M.B. received social assistance — describes social assistance as “wage replacement” or “income replacement”. However, that is not determinative. Prowse J.A. also argued that past employment and future employability are not prerequisites for obtaining social assistance under this legislation. This too does not seem determinative, since part of the legislature’s intent may be to provide a substitute income for those who are unable to work. Prowse J.A.’s third

(i) *L’aide sociale constitue-t-elle une forme de remplacement du revenu?*

On prétend que l’aide sociale n’est pas une forme de remplacement du revenu parce qu’elle est octroyée en fonction des besoins pour soulager la pauvreté.

À mon sens, cet argument est mal fondé. Les prestations d’aide sociale visent assurément à soulager la pauvreté, le besoin étant le critère pertinent à cette fin. Cependant, comme le juge Smith de la Cour d’appel l’a fait remarquer dans ses motifs dissidents en l’espèce, cela ne signifie pas qu’elles ne visent pas à remplacer le salaire. Au contraire, cela indique que ces prestations visent à remplacer la partie du revenu d’emploi qui serait normalement consacrée à la satisfaction des besoins essentiels (par. 162). La plupart des gens qui demandent l’aide sociale le font parce que leur revenu ne leur permet pas de subvenir à leurs besoins essentiels, la source normale d’un revenu suffisant étant l’emploi, quel qu’il soit. L’aide sociale se substitue par conséquent au revenu que la plupart des gens auraient touché grâce à un emploi. Elle n’a pas pour objet de remplacer tout le revenu qu’ils auraient touché s’ils avaient eu un emploi. L’aide sociale ne remplace le revenu d’emploi que dans la mesure nécessaire pour répondre aux besoins essentiels. Elle ne constitue pas moins un « remplacement du revenu » du simple fait qu’elle ne remplace qu’une portion du revenu qu’une personne aurait par ailleurs pu toucher.

En toute déférence, les arguments contraires ne résistent pas à l’examen. La juge Prowse a fait observer que ni la *Guaranteed Available Income For Need Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 158 (la « *GAIN* »), ni la *BC Benefits (Income Assistance) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 27 — la loi en vertu de laquelle M.B. a reçu des prestations d’aide sociale —, ne décri-vent l’aide sociale comme un « remplacement du revenu » ou un « remplacement du salaire ». Cela n’est toutefois pas déterminant. La juge Prowse a également fait valoir que les emplois antérieurs et l’employabilité future ne constituent pas, sous le régime de cette loi, des conditions préalables à l’octroi de l’aide sociale. Encore une fois, cela ne semble pas déterminant puisque l’intention du

argument, that the legislation nowhere contemplates repayment of social assistance from the proceeds of a future tort award, again says nothing on the issue of whether social assistance is partial income replacement. Mackenzie J.A. argued that social assistance benefits do not duplicate damages received for a tort because “[t]hey are independent of any loss”, such as a loss caused by a tort (para. 104). However, an inability to earn an income through employment is a loss. It is not a loss that is invariably caused by a tort, to be sure. But the test for whether a certain category of collateral benefit “duplicates” a certain head of damages is not whether the benefit was intended as compensation for a loss caused by a tort but simply whether the benefit was of the same type as the particular head of damages in tort law — i.e., in this case, wage replacement. Mackenzie J.A.’s second argument was that the social assistance benefits received by M.B. could not possibly duplicate her entire tort award, because the tort award was made for a much longer period. But an award for loss of earning capacity is really compensation for the loss of the use of that capacity over time. It does not matter, for this purpose, for how much of this period M.B. was on social assistance.

I conclude that nothing has been put forward to displace the common sense proposition that social assistance benefits are a form of wage replacement. It follows that the only way in which they can be non-deductible at common law is if they fit within the charitable benefits exception, or if this Court carves out a new exception. Otherwise, retention of them would amount to double recovery.

législateur était peut-être notamment de fournir un revenu de remplacement à ceux qui sont incapables de travailler. Le troisième argument qu’invoque la juge Prowse, à savoir que nulle part dans la loi on n’envisage le remboursement des prestations d’aide sociale à même le montant d’éventuels dommages-intérêts, ne nous éclaire pas davantage sur la question de savoir si l’aide sociale remplace partiellement le revenu. Le juge Mackenzie a indiqué que les prestations d’aide sociale ne faisaient pas double emploi avec les dommages-intérêts octroyés en indemnisation d’un délit parce qu’elles [TRADUCTION] « sont versées sans égard à quelque perte que ce soit », telle la perte résultant d’un délit (par. 104). Or l’incapacité de gagner un revenu grâce à un emploi est une perte. Certes, il ne s’agit pas invariablement d’une perte résultant d’un délit. Mais pour décider si une certaine catégorie de prestation parallèle « fait double emploi » avec un certain chef de dommage, il ne s’agit pas de se demander si la prestation visait à compenser une perte résultant d’un délit, mais simplement si elle appartient à la même catégorie que le chef précis de dommage invoqué en droit de la responsabilité délictuelle — soit, en l’occurrence, le remplacement du revenu. Comme deuxième argument, le juge Mackenzie a fait valoir que les prestations d’aide sociale versées à M.B. ne pouvaient en aucun cas faire double emploi avec le plein montant des dommages-intérêts, ceux-ci étant accordés pour une période beaucoup plus longue. Or le montant accordé en indemnisation de la perte de capacité de gain compense en réalité la perte de l’usage de cette capacité sur une période quelconque. À cette fin, il importe peu de savoir pendant combien de temps M.B. a reçu de l’aide sociale au cours de cette période.

Je conclus qu’aucun argument n’a été avancé pour réfuter la proposition sensée selon laquelle les prestations d’aide sociale constituent une forme de remplacement du revenu. Il s’ensuit que ces prestations ne peuvent être considérées comme non déductibles en common law que si elles tombent sous le coup de l’exception visant les dons de charité, ou si notre Cour crée une nouvelle exception. Autrement, leur non-déduction équivaldrait à une double indemnisation.

(ii) *Does Social Assistance Fit Within the Charitable Benefits Exception?*

29

Both Prowse J.A. and counsel for M.B. argue in the alternative that social assistance benefits fit within the charitable benefits exception to the rule against double recovery, because they are analogous to charitable benefits in their purpose, which is to relieve need.

30

Although superficially attractive, this argument misconstrues the rationale behind the charitable benefits exception. The rationale for the charitable benefits exception does not concern the purpose of charitable donations. It is therefore irrelevant whether social assistance benefits share the same purpose as charitable donations made by private individuals. The rationale for the exception lies in the effect that a rule of deductibility might have on individuals who wish to help those who are in need: the idea is that they should not be discouraged from doing so. A further rationale is that it is difficult to assess the monetary value of certain forms of private charity — for instance, the value of companionship; the value of assistance with daily errands; or the value of raising and training a “helper dog” to perform tasks that a person who has been rendered disabled can no longer perform (see *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359, at p. 370, *per* McLachlin J.).

31

Neither of these rationales for the charitable benefits exception seems to apply in the case of social assistance benefits made by the government, as indeed the Court of Appeal recognized in *M. (M.) v. F. (R.)*, *supra*, where social assistance benefits were deducted from the damage award. It is not difficult to value social assistance benefits. Moreover, since the governmental schemes are already in place, and since individuals are entitled to receive these benefits if they meet the specified criteria, there is no possibility that the government will be discouraged from offering the benefits at all, or will use discretion to deny them to people who may in the future receive a damage award. As for counsel for M.B.’s suggestion that taxpayers will balk at the thought of their money “subsidizing” people who engage in

(ii) *L’aide sociale relève-t-elle de l’exception visant les dons de charité?*

Subsidiairement, la juge Prowse et l’avocate de M.B. soutiennent toutes deux que les prestations d’aide sociale relèvent de l’exception visant les dons de charité et qu’elles échappent ainsi à la règle interdisant la double indemnisation parce qu’elles s’apparentent aux dons de charité par leur objet, qui est de soulager le besoin.

Bien qu’attrayant à première vue, cet argument procède d’une mauvaise interprétation du fondement de l’exception visant les dons de charité. Le fondement de cette exception n’est pas lié à l’objet des dons de charité. Il importe donc peu de savoir si les prestations d’aide sociale ont le même objet que les dons de charité versés par des particuliers. La raison d’être de cette exception réside dans l’impact qu’une règle prescrivant la déductibilité pourrait avoir à l’égard des individus désireux d’aider les plus démunis, l’objectif étant de ne pas les en décourager. De plus, il est difficile d’évaluer la valeur pécuniaire de certaines formes de charité privée — de déterminer, par exemple, ce que vaut la compagnie qu’on apporte, l’aide pour faire les courses, ou le fait d’élever un « chien assistant » et de l’entraîner à exécuter les tâches qu’une personne devenue handicapée ne peut plus désormais accomplir (voir *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359, p. 370, la juge McLachlin).

Aucun de ces principes sous-jacents à l’exception visant les dons de charité ne semble s’appliquer dans le cas des prestations d’aide sociale versées par l’État, comme la Cour d’appel l’a effectivement reconnu dans l’arrêt *M. (M.) c. F. (R.)*, précité, où les prestations d’aide sociale ont été déduites du montant des dommages-intérêts. La valeur des prestations d’aide sociale n’est pas difficile à établir. En outre, les régimes publics étant déjà en place et les prestataires ayant droit à l’assistance s’ils satisfont à certains critères, il n’est guère possible que l’État soit dissuadé de verser ces prestations ou recoure à son pouvoir discrétionnaire pour les refuser aux personnes susceptibles dans l’avenir de se voir octroyer des dommages-intérêts. Pour ce qui est du point soulevé par l’avocate de M.B. à savoir que les

sexual assaults, it seems doubtful that anyone would favour denying social assistance to someone who was genuinely needy on the grounds that if social assistance were given, a tortfeasor might later benefit from the deduction of this sum from a damage award.

(iii) *A Policy-Based Exception for Social Assistance?*

The remaining possibility is that this Court endorse a new exception for social assistance payments from the general rule of deductibility.

It is difficult to find a principled rationale for carving out a new policy-based exception for social assistance. Given that social assistance benefits come out of public funds, and given that taxpayers contribute to these funds in the belief that they will be used for legitimate purposes such as relieving genuine need, it seems unfair to taxpayers to allow certain plaintiffs to recover from these funds and then receive a duplicative payment from a tort award. A policy-based exception creating a rule of non-deductibility for social assistance payments does not, then, seem justifiable on grounds of fairness. Moreover, a rule of non-deductibility of social assistance payments might also lead to inefficient results. If the courts were to affirm such a rule, then legislatures might move to institute schemes to recoup social assistance funds from successful plaintiffs. Current scholarship suggests that such legislative schemes result in less efficient loss distribution than does a simple rule of deductibility of social assistance benefits: see below. It therefore seems difficult to justify creating a new policy-based exception for social assistance, whether on the basis of fairness or on the basis of efficiency.

A further reason for not creating a new exception to the rule of deductibility is the virtually unanimous view of those who have studied the matter that deductibility should prevail.

contribuables s'indigneront à l'idée de « subventionner » des individus se livrant à la violence sexuelle, il semble peu probable qu'on veuille priver d'aide sociale une personne réellement dans le besoin sous prétexte que si l'aide était accordée, l'auteur d'un délit pourrait éventuellement faire déduire les prestations des dommages-intérêts qu'il serait condamné à verser.

(iii) *Une exception de politique générale pour l'aide sociale?*

Une dernière possibilité demeure, soit que notre Cour crée, pour les prestations d'aide sociale, une nouvelle exception à la règle générale de la déductibilité.

Il est difficile de justifier rationnellement la création d'une nouvelle exception de politique générale visant l'aide sociale. Étant donné que les prestations d'aide sociale proviennent des fonds publics, auxquels les contribuables contribuent en croyant qu'ils serviront à des fins légitimes comme le soulagement de besoins réels, il semble injuste du point de vue des contribuables de permettre à certains demandeurs de toucher ces fonds et de recevoir ce montant une deuxième fois sous forme de dommages-intérêts. Une exception de politique générale prévoyant la non-déductibilité des prestations d'aide sociale semblerait alors injustifiable pour des motifs d'équité. En outre, une règle prescrivant la non-déductibilité des prestations d'aide sociale pourrait aussi s'avérer inefficace. Si les tribunaux confirmaient une telle règle, les législatures instaureraient peut-être des régimes prévoyant le recouvrement des prestations d'aide sociale auprès des demandeurs ayant gain de cause. Les auteurs font valoir que ces régimes donnent lieu à une répartition moins efficace des pertes que la règle simple de la déductibilité des prestations d'aide sociale : voir plus loin. Il semble donc difficile de justifier la création d'une nouvelle exception de politique générale visant l'aide sociale, qu'on la fasse reposer sur des considérations d'équité ou d'efficacité.

Une autre raison milite à l'encontre de la création d'une nouvelle exception à la règle de la déductibilité, soit la quasi-unanimité de ceux qui ont examiné la proposition que la déductibilité soit maintenue.

32

33

34

- 35 John Fleming argues in *The Law of Torts* (9th ed. 1998) that, because social assistance is based upon need and comes out of public funds, there is “no justification for allowing a claimant to recover in the aggregate from that source [public funds] and the tortfeasor more than an indemnity for his net loss” (p. 280).
- 36 Ken Cooper-Stephenson, in *Personal Injury Damages in Canada* (2nd ed. 1996), at p. 581, raises economic considerations and concludes that deduction of the benefits from a tort award is “the most satisfactory loss-distribution mechanism”, and that it is preferable to allowing the government to recover the value of the social assistance afterwards.
- 37 Richard Lewis, in “Deducting collateral benefits from damages: principle and policy” (1998), 18 *Legal Studies* 15, likewise favours deductibility. He points out that a simple rule of deductibility “avoids the wasteful litigation and administrative cost sometimes associated with recoupment” (p. 17).
- 38 In the courts, as well, a general principle of deductibility is becoming increasingly entrenched. In particular, lower courts have held that the rationale for the charitable benefits exception does not apply to social assistance benefits, and that social assistance benefits should be deducted from tort awards for lost earning capacity: see *M. (M.) v. F. (R.)*, *supra*; *Bustard v. Boucher*, [1997] N.B.J. No. 39 (QL) (Q.B.); *Cockerill v. Willms Transport (1964) Ltd.* (2001), 284 A.R. 256, 2001 ABQB 136; *Ramsay (Tichkowsky) v. Bain* (1995), 170 A.R. 298 (Q.B.); *M.S. v. Baker* (2001), 309 A.R. 1, 2001 ABQB 1032.
- 39 A rule of deductibility is also consistent with this Court’s recent judgment in *Krangle (Guardian ad litem of) v. Brisco*, [2002] 1 S.C.R. 205, 2002 SCC 9. This case concerned a claim for the costs of future care in a group home once the respondent reached age 19. The trial judge had declined to award damages for these costs on the grounds that in the future,
- Dans son ouvrage *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), John Fleming fait valoir que l’aide sociale étant accordée en fonction des besoins et provenant des fonds publics, [TRADUCTION] « rien ne justifie qu’un demandeur puisse recouvrer de cette source [les fonds publics] et de l’auteur du délit une indemnité excédant sa perte réelle » (p. 280).
- Ken Cooper-Stephenson, dans son ouvrage *Personal Injury Damages in Canada* (2^e éd. 1996), p. 581, soulève des considérations d’ordre économique et conclut que la déduction des prestations du montant des dommages-intérêts constitue [TRADUCTION] « le mécanisme le plus satisfaisant de répartition des pertes », cette solution étant préférable au recouvrement subséquent par l’État de la valeur de l’aide sociale versée.
- Dans son article « Deducting collateral benefits from damages : principle and policy » (1998), 18 *Legal Studies* 15, Richard Lewis préconise lui aussi la déductibilité. Il fait remarquer qu’une règle simple prescrivant la déductibilité [TRADUCTION] « évite les coûts administratifs et les frais de litige qu’entraîne parfois inutilement le recouvrement » (p. 17).
- Les tribunaux adoptent également de plus en plus le principe général de la déductibilité. En particulier, les tribunaux d’instance inférieure ont statué que le raisonnement sous-tendant l’exception visant les dons de charité ne s’appliquait pas aux prestations d’aide sociale, et que celles-ci devaient être déduites des dommages-intérêts accordés en matière délictuelle au titre de la perte de la capacité de gain : voir *M. (M.) c. F. (R.)*, précité; *Bustard c. Boucher*, [1997] A.N.-B. n^o 39 (QL) (B.R.); *Cockerill c. Willms Transport (1964) Ltd.* (2001), 284 A.R. 256, 2001 ABQB 136; *Ramsay (Tichkowsky) c. Bain* (1995), 170 A.R. 298 (B.R.); *M.S. c. Baker* (2001), 309 A.R. 1, 2001 ABQB 1032.
- Le principe de la déductibilité est également compatible avec l’arrêt *Krangle (Tutrice à l’instance de) c. Brisco*, [2002] 1 R.C.S. 205, 2002 CSC 9, que nous avons rendu récemment. Cette affaire portait sur une réclamation pour des dommages-intérêts destinés à pourvoir aux besoins futurs de l’intimé en foyer de groupe lorsqu’il aura atteint

the respondent would be eligible for monthly social security benefits paid under the very same legislation that is at issue in the case at bar — the *GAIN Act* — which would cover these costs. The Court deemed this the correct conclusion. Although the Court's reasoning turned on the issue of whether it was the parents' or the state's obligation to absorb the costs of their child's disabilities once the child reached adulthood, the case has relevance to the case at bar in that it was clearly an underlying aim of the Court to avoid double recovery in such a situation. If it is appropriate to deduct social assistance benefits that might be received in the future from a damage award, in order to eliminate the risk of double recovery, then it seems it must also be appropriate to deduct social assistance benefits that have been received in the past.

Finally, other jurisdictions are increasingly moving toward a policy of deductibility. In England, the Pearson Commission concluded in 1978 that:

. . . the time has come for full co-ordination of the compensation provided by tort and social security. An injured person, or his dependants, should not have the same need met twice, not only because it is inequitable, but because it is wasteful.

(Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (1978), vol. I, p. 107, at para. 475)

Parliament followed this advice in 1989, introducing a recoupment scheme whereby the state may recoup the value of a number of benefits paid out to those who subsequently receive damage awards. The scheme is now in force through the *Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997* (U.K.), 1997, c. 27. Public benefits that fall outside the recoupment scheme are subject to a common law rule of deductibility.

l'âge de 19 ans. Le juge de première instance avait refusé d'accorder des dommages-intérêts pour ces frais au motif que, dans l'avenir, l'intimé serait admissible aux prestations sociales versées mensuellement en vertu de la même loi que celle qui est en cause dans le présent pourvoi — la *GAIN* —, et que ces prestations couvriraient alors ces frais. La Cour a estimé que cette conclusion s'imposait. Quoique le raisonnement de la Cour ait reposé sur la question de savoir si c'est aux parents ou à l'État qu'incombe la responsabilité d'absorber les frais associés à l'invalidité d'un enfant lorsque celui-ci aura atteint l'âge adulte, cet arrêt revêt une certaine pertinence en l'espèce en ce que la Cour visait fondamentalement à éviter la double indemnisation dans une telle situation. S'il convient de déduire du montant des dommages-intérêts les prestations d'aide sociale qui pourraient être versées dans l'avenir, en vue d'éliminer le risque d'une double indemnisation, il conviendrait également, me semble-t-il, de déduire les prestations d'aide sociale qui ont été versées dans le passé.

Enfin, les autorités d'autres pays tendent de plus en plus à favoriser une politique de déductibilité. En Angleterre, la Commission Pearson concluait en 1978 que :

[TRADUCTION] . . . le temps est venu de coordonner à tous égards les dommages-intérêts pour la commission d'un délit et la sécurité sociale. Il ne faut pas permettre qu'une personne lésée, ou les personnes à sa charge, soient indemnisées deux fois, non seulement parce que ce serait inéquitable, mais aussi parce que ce serait un gaspillage.

(Rapport de la Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (1978), vol. I, p. 107, par. 475)

Suivant ce conseil, le législateur a instauré en 1989 un régime de recouvrement par lequel l'État peut recouvrer le montant de certaines prestations versées à ceux qui se voient par la suite accorder des dommages-intérêts. Ce régime a été mis en vigueur par la *Social Security (Recovery of Benefits) Act 1997* (U.K.), 1997, ch. 27. Les prestations publiques qui ne sont pas visées par le régime de recouvrement sont assujetties à la règle de la déductibilité de la common law.

41 Prior to the enactment of this legislation, both the English Court of Appeal and the House of Lords had recommended deductibility of social assistance benefits (reversing the earlier common law rule of non-deductibility). In *Lincoln v. Hayman*, [1982] 2 All E.R. 819, the Court of Appeal held that a statutory income support payment received by the plaintiff was deductible from an award for past loss of earnings. Lord Waller, at p. 823, gave a helpful statement of why deductibility was necessary to avoid double recovery. The rationale that he put forward there seems also to apply to the case at bar:

When he [the plaintiff] became unemployed he did not lose the total of his wages because part of that loss was replaced by supplementary benefit. If the supplementary benefit is not taken into account and deducted the plaintiff will recover more damages than he has suffered. It will be a fortuitous windfall.

Similarly, in *Hodgson v. Trapp*, [1989] 1 A.C. 807, the House of Lords stated that statutory benefits in the form of mobility and attendance allowances were deductible from a tort damage award, on the grounds that “[t]o allow double recovery . . . at the expense of both taxpayers and insurers seems to me incapable of justification on any rational ground” (p. 823, *per* Lord Bridge).

42 Australia, too, has now enacted legislation to compel reduction or repayment of all social security benefits upon receipt of any form of compensation for the injury, under the *Health and Other Services (Compensation) Act 1995* (see Fleming, *supra*, at p. 280).

43 I conclude that this Court should not carve out a policy-based exception to the rule of deductibility.

(b) Calculation of Prejudgment Interest

44 A second issue pertaining to damages is whether the Court of Appeal adopted the proper approach in

Avant l'édiction de cette loi, la Cour d'appel de l'Angleterre et la Chambre des lords avaient toutes deux recommandé la déductibilité des prestations d'aide sociale (modifiant la règle antérieure de non-déductibilité en common law). Dans *Lincoln c. Hayman*, [1982] 2 All E.R. 819, la Cour d'appel a statué que les prestations versées au demandeur en vertu d'un régime public de soutien du revenu étaient déductibles du montant accordé au titre de la perte de revenus passée. À la p. 823, lord Waller a donné un exposé utile de la raison pour laquelle la déductibilité s'imposait pour éviter la double indemnisation. L'explication qu'il a avancée semble également s'appliquer à la présente espèce :

[TRADUCTION] Lorsqu'il [le demandeur] a perdu son emploi, il n'a pas perdu tout son revenu étant donné qu'une partie de cette perte a été compensée par une prestation additionnelle. Si la prestation additionnelle n'est pas prise en compte ni déduite, le demandeur sera indemnisé au-delà des dommages qu'il a subis. Il réalisera un profit inattendu.

De même, dans l'arrêt *Hodgson c. Trapp*, [1989] 1 A.C. 807, la Chambre des lords a dit que les prestations prévues par la loi sous forme d'allocations pour les soins et le transport de personnes handicapées étaient déductibles du montant des dommages-intérêts au motif que [TRADUCTION] « [p]ermettre la double indemnisation [. . .] au détriment à la fois des contribuables et des assureurs ne saurait à mon avis se justifier par quelque motif rationnel » (p. 823, lord Bridge).

L'Australie, elle aussi, a adopté une loi prescrivait la réduction ou le recouvrement de toutes les prestations de sécurité sociale dès la réception d'une forme quelconque d'indemnité pour le préjudice subi, en vertu de la *Health and Other Services (Compensation) Act 1995* (voir Fleming, *op. cit.*, p. 280).

Je conclus que notre Cour ne devrait pas créer de nouvelle exception de politique générale à la règle de la déductibilité.

b) Calcul des intérêts avant jugement

La deuxième question relative aux dommages-intérêts consiste à savoir si la Cour d'appel a calculé

calculating prejudgment interest on the award for loss of earning capacity. The Court of Appeal held that this award should be treated as compensation for the loss of a stream of income received evenly over the pre-trial period, and hence, that prejudgment interest was calculable in six-month intervals under s. 1(2)(b) of the *Court Order Interest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 79 (“*COIA*”).

Section 1(1) of the *COIA* establishes a general rule that prejudgment interest at a rate that the court considers appropriate must be added to pecuniary damages. Section 1(2) of the *COIA* provides an exception for this rule in the case of “special damages”, the interest for which must be calculated on an incremental basis. It stipulates that:

1 . . .

- (2) Despite subsection (1), if the order consists in whole or part of special damages, the interest on those damages must be calculated from the end of each 6 month period in which the special damages were incurred to the date of the order on the total of the special damages incurred
- (a) in the 6 month period immediately following the date on which the cause of action arose, and
- (b) in any subsequent 6 month period.

Counsel are agreed that the damage award for loss of earning capacity constitutes “special damages”. They disagree, however, over how to characterize this loss, and consequently, over when these damages were incurred, for the purposes of s. 1(2). Counsel for M.B. argues that loss of earning capacity is the loss of a capital asset. She contends that it was therefore incurred entirely in “the 6-month period immediately following the date on which the cause of action arose”. Consequently, on her view, s. 1(2) requires that the interest on this award be calculated on the full amount of the award from the

comme il se doit les intérêts avant jugement sur le montant accordé au titre de la perte de capacité de gain. La Cour d’appel a statué que ce montant devait être considéré comme une indemnité pour la perte d’un flux de revenu s’étendant sur la période ayant précédé le procès et, partant, que les intérêts avant jugement devaient être calculés semestriellement, conformément à l’al. 1(2)b) de la *Court Order Interest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 79 (la « *COIA* »).

Le paragraphe 1(1) de la *COIA* énonce la règle générale suivant laquelle les dommages pécuniaires doivent être majorés des intérêts avant jugement au taux que le tribunal estime indiqué. Le paragraphe 1(2) de la *COIA* prévoit une exception à cette règle dans le cas des [TRADUCTION] « dommages-intérêts particuliers », dont les intérêts doivent être calculés à des termes périodiques. Il dispose :

[TRADUCTION]

1 . . .

- (2) Par dérogation au paragraphe (1), lorsque l’ordonnance consiste en tout ou en partie en des dommages-intérêts particuliers, les intérêts calculés sur cette somme doivent l’être à compter de la fin de chaque période de 6 mois au cours de laquelle ces dommages particuliers ont été subis jusqu’à la date de l’ordonnance sur le plein montant des dommages particuliers subis
- a) au cours de la période de 6 mois suivant immédiatement la date à laquelle la cause d’action a pris naissance et
- b) au cours de toute période subséquente de 6 mois.

Les avocats s’entendent pour dire que les dommages-intérêts accordés en indemnisation de la perte de capacité de gain constituent des [TRADUCTION] « dommages particuliers ». Ils ne s’accordent cependant pas sur la façon de qualifier cette perte et, par le fait même, sur le moment où ces dommages ont été subis, pour l’application du par. 1(2). L’avocate de M.B. soutient que la perte de capacité de gain équivaut à la perte d’un avoir en capital. Elle prétend donc que cette perte a été entièrement subie [TRADUCTION] « au cours de la période de 6 mois suivant immédiatement la date

end of the first six months after the tort. Counsel for the Crown argues that the loss for which these damages compensate is not the loss of a capacity *per se*, but rather the loss of the earnings that this capacity would have yielded — earnings that would have been received in a steady stream over the pre-trial period. In his view, s. 1(2) therefore requires that the interest be calculated in six-month increments, beginning six months after the commission of the tort.

à laquelle la cause d'action a pris naissance ». En conséquence, fait-elle valoir, le par. 1(2) exige que l'intérêt applicable soit calculé sur le montant total des dommages-intérêts dès la fin de la première période de six mois suivant la commission du délit. L'avocat de l'État plaide pour sa part que la perte que ces dommages-intérêts visent à compenser n'est pas la perte d'une capacité en soi, mais bien la perte des gains que cette capacité aurait générés — gains qui auraient été obtenus à intervalles réguliers au cours de la période avant procès. Selon lui, le par. 1(2) prescrit donc que l'intérêt soit calculé par tranche de six mois, à compter de la fin de la première période de six mois suivant la commission du délit.

47 There is considerable case law establishing that an award for loss of earning capacity is intended to compensate for the loss of an asset, the capacity to earn. In *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, at p. 251, Dickson J. (as he then was), following *The Queen v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532, stated that:

Il existe une jurisprudence abondante établissant que l'indemnité pour perte de capacité de gain vise à compenser la perte d'un avoir, soit la capacité de gain. Dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), suivant l'arrêt *The Queen c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532, a déclaré à la p. 251 :

It is not loss of earnings but, rather, loss of earning capacity for which compensation must be made: *The Queen v. Jennings*, *supra*. A capital asset has been lost: what was its value?

La victime doit être indemnisée non pas de la perte de revenus, mais plutôt de la perte de sa capacité de gagner un revenu : *La Reine c. Jennings*, précité. Un avoir en capital a été perdu; quelle était sa valeur?

Subsequent decisions have followed this approach: see *Earnshaw v. Despins* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 380 (C.A.), at p. 399; *Palmer v. Goodall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 44 (C.A.), at p. 59; *Pallos v. Insurance Corp. of British Columbia* (1995), 100 B.C.L.R. (2d) 260 (C.A.), at para. 27. As Finch J.A. noted in *Pallos*, these cases “all treat a person's capacity to earn income as a capital asset, whose value may be lost or impaired by injury”.

Cette approche a été retenue dans des décisions subséquentes : voir *Earnshaw c. Despins* (1990), 45 B.C.L.R. (2d) 380 (C.A.), p. 399; *Palmer c. Goodall* (1991), 53 B.C.L.R. (2d) 44 (C.A.), p. 59; *Pallos c. Insurance Corp. of British Columbia* (1995), 100 B.C.L.R. (2d) 260 (C.A.), par. 27. Comme le juge Finch l'a fait observer dans l'arrêt *Pallos*, ces décisions [TRADUCTION] « considèrent toutes la capacité de gain d'une personne comme un avoir en capital dont la valeur peut être perdue ou diminuée par la réalisation d'un préjudice ».

48 This does not, however, settle the issue of how interest is to be calculated under s. 1(2) of the *COIA*. As Dickson J. noted in *Andrews*, *supra*, there is a further question that must be asked — namely, how do we determine the value of the lost asset?

Cela ne règle cependant pas la question de la méthode de calcul des intérêts sous le régime du par. 1(2) de la *COIA*. Comme le juge Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Andrews*, précité, on doit se poser une autre question — à savoir comment déterminer le valeur de l'avoir qui a été perdu.

As Cooper-Stephenson notes, *supra*, at p. 138, damages under this head are universally quantified on the basis of what the plaintiff would have earned, had the injury not occurred.

As far as concerns lost income, the courts fluctuate between the notion of “loss of earnings” and “loss of earning capacity”, not for the most part intending any aspect of the substance of an assessment to depend on the particular wording, since damages are universally quantified on the basis of what the plaintiff *would have*, not what he or she *could have* earned absent the injury. [Emphasis in original.]

These damages are not, then, based on a fixed value that has been assigned to an abstract capacity to earn. Rather, the value of a particular plaintiff’s capacity to earn is equivalent to the value of the earnings that she or he would have received over time, had the tort not been committed. It follows that the loss of this value — the loss that the plaintiff has sustained, and that the damage award is intended to compensate for — should be treated as a loss sustained over time, rather than as a loss incurred entirely at the time that the tort was committed. Section 1(2) of the *COIA* therefore requires that interest be calculated in six-month increments, beginning six months after the commission of the tort.

A further consideration supporting this approach, as Mackenzie J.A. noted, is the desirability of avoiding overcompensation for the effects of inflation. Since the loss in this case occurred 20 years prior to the trial and inflation was considerable over the interim, an award of interest of the full amount of the damages from the time of the tort would give M.B. more than is necessary to compensate her for her loss, and would vastly overcompensate her for the effects of inflation. While this consideration alone might not provide sufficient reason to calculate interest in six-month increments, it shows that the approach we have recommended on conceptual grounds, far from having objectionable policy implications, seems to be the only adequate approach from the standpoint of policy.

Ainsi que l’a fait remarquer Cooper-Stephenson, *op. cit.*, p. 138, les dommages sous ce chef sont universellement quantifiés en fonction du revenu que le demandeur aurait gagné si le préjudice ne s’était pas réalisé :

[TRADUCTION] En ce qui concerne le revenu perdu, les tribunaux oscillent entre la notion de « perte de revenus » et celle de « perte de la capacité de gain », non pas généralement qu’ils veuillent faire reposer quelque aspect fondamental d’un examen sur un libellé en particulier, puisque les dommages sont universellement quantifiés en fonction du revenu que le demandeur *aurait gagné*, et non pas de celui qu’il *aurait pu gagner* n’eût été le préjudice. [En italique dans l’original.]

Par conséquent, ces dommages ne sont pas établis suivant une valeur fixe correspondant à une capacité abstraite de gain. La valeur attribuée à la capacité de gain d’un demandeur équivaut plutôt à la valeur des revenus qu’il aurait touchés au fil des années, n’eût été le délit. Il s’ensuit que la perte de cette valeur — la perte que le demandeur a subie et que les dommages-intérêts visent à compenser — devrait être considérée comme une perte subie au fil des années plutôt que comme une perte subie entièrement au moment de la commission du délit. Le paragraphe 1(2) de la *COIA* prescrit donc que l’intérêt soit calculé semestriellement, à compter de la fin de la première période de six mois suivant la commission du délit.

Comme le juge Mackenzie de la Cour d’appel l’a souligné, une autre considération militant en faveur de cette approche est l’opportunité d’éviter de surcompenser les effets de l’inflation. Vu que la perte en l’espèce est survenue vingt ans avant le procès et que l’inflation a été considérable dans l’intervalle, accorder à M.B. des intérêts sur le plein montant des dommages-intérêts depuis la commission du délit irait au-delà de ce qui est nécessaire pour qu’elle soit indemnisée de la perte subie, en plus de surcompenser considérablement les effets de l’inflation. Quoique cette considération ne suffise pas en soi à justifier le calcul semestriel des intérêts, elle montre que, loin d’avoir des incidences indésirables sur le plan de la politique générale, l’approche conceptuelle que nous préconisons semble être la seule qui soit satisfaisante du point de vue de l’intérêt public.

49

50

51

(c) The Court of Appeal's Reduction of the Damage Award

52 It remains to consider whether the Court of Appeal was correct to reduce the damage award. The court did so on the grounds that because the damage award was at the high end of the spectrum, Levine J. must have failed to exclude the effects of the abuse that M.B. had received at the hands of her biological father, prior to entering foster care.

53 When assessing damages, Levine J. explicitly acknowledged that M.B.'s "'original position' must be taken into account in awarding damages" (para. 265). She then went on to note that "[t]his does not relieve J.P. [the foster father] of his measure of responsibility for the plaintiff's injuries" (para. 266). With respect to the foster father's contribution to M.B.'s injuries, she concluded that "[t]he plaintiff's condition was significantly exacerbated by the repetition of a type of behaviour that could only serve to reinforce a distrustful and flawed view of human relationships" (para. 266 (emphasis added)). It was this damage for which she held the Crown liable.

54 The trial judge's assessment of what proportion of the damage sustained by M.B. was caused by the foster father's assault is a judgment of fact, which an appellate court cannot set aside absent "palpable and overriding error": *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. I can find no palpable and overriding error in the trial judge's approach. The Court of Appeal therefore erred in substituting its own assessment of the appropriate quantum of damages.

IV. Conclusions

55 For the reasons given above, I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal.

c) La réduction du montant des dommages-intérêts par la Cour d'appel

Il reste à examiner la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de réduire le montant des dommages-intérêts. Cette réduction s'imposait selon elle parce que, le montant accordé se situant à l'extrémité supérieure du spectre, la juge Levine a dû omettre d'exclure les effets attribuables à la violence que M.B. avait subie de la part de son père biologique avant d'être placée en famille d'accueil.

Dans son évaluation des dommages, la juge Levine a expressément reconnu que [TRADUCTION] « la "situation initiale" [de M.B.] doit être prise en compte dans l'attribution des dommages-intérêts » (par. 265). Elle a ensuite souligné que [TRADUCTION] « [c]ela n'exonère pas J.P. [le père d'accueil] de sa part de responsabilité pour le préjudice qu'a subi la demanderesse » (par. 266). S'agissant de la faute contributive du père d'accueil, la juge a conclu que [TRADUCTION] « [l]'état de la demanderesse a été considérablement aggravé par la répétition d'un type de comportement qui ne pouvait que renforcer une perception erronée des rapports humains, teintée de méfiance » (par. 266 (je souligne)). C'est précisément pour ce dommage qu'elle a tenu l'État responsable.

L'évaluation par la juge de première instance de la part du dommage subi par M.B. qui était attribuable à l'agression commise par son père d'accueil constitue un jugement sur les faits qu'une cour d'appel ne peut infirmer en l'absence d'une « erreur manifeste et dominante » : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. Je ne relève aucune erreur manifeste et dominante dans l'approche adoptée par la juge de première instance. La Cour d'appel a donc commis une erreur en substituant sa propre évaluation du montant des dommages-intérêts qu'il convenait d'accorder.

IV. Conclusions

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting in part) — This case, like its companion case *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, raises the issue of whether, and on what grounds, the government can be held liable for abuse committed by a foster parent against a child in foster care. Specifically, this case requires the Court to consider whether the government can be held liable for the sexual assault of the respondent by her foster father while she was living in foster care based on the doctrines of vicarious liability and breach of non-delegable duty.

I find that vicarious liability is made out in this case, substantially for the reasons I provide in *K.L.B.* In brief, it is my view, the relationship between the state and foster parents is sufficiently close that the relationship is capable of attracting vicarious liability. In addition, the wrongful act is so closely associated with the power and intimacy created by the foster care relationship that it can fairly be said that the government's empowerment of foster parents materially increased the risk of sexual abuse of foster children.

I am in agreement with the Chief Justice, however, that there is no breach of non-delegable duty for the reasons she set out in *K.L.B.* and I would dispose of the damages issues as she does. I would accordingly dismiss the appeal on the issue of liability and allow the appeal on the issue of damages. I would allow the cross-appeal in part.

APPENDIX

Relevant Legislative Provisions

Protection of Children Act, R.S.B.C. 1960, c. 303 (am. S.B.C. 1968, c. 41)

8. . . .

(8) Subject to subsection (7), from the time that a child is apprehended under section 7 until final disposition of

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ARBOUR (dissidente en partie) — Le présent pourvoi, tout comme le pourvoi connexe *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, porte sur la question de savoir sur quels fondements, le cas échéant, l'État pourrait être tenu responsable des mauvais traitements infligés par un parent de famille d'accueil à un enfant qui lui a été confié. Plus particulièrement, la Cour est appelée à étudier la question de la responsabilité de l'État pour l'agression sexuelle commise contre l'intimée par le père de la famille d'accueil où elle était placée, suivant les règles de la responsabilité du fait d'autrui et du manquement à une obligation intransmissible.

Je suis d'avis que la responsabilité du fait d'autrui a été établie en l'espèce, et ce, essentiellement pour les motifs que j'ai exposés dans *K.L.B.* En bref, j'estime que la relation entre l'État et les parents de famille d'accueil est suffisamment étroite pour engager la responsabilité du fait d'autrui. En outre, l'acte fautif est si étroitement lié au pouvoir et à l'intimité qui résultent de la relation existant au sein d'une famille d'accueil qu'on peut à juste titre avancer que l'habilitation des parents d'accueil par l'État a sensiblement accru le risque d'agression sexuelle des enfants confiés à leurs soins.

Je conviens toutefois avec la juge en chef McLachlin qu'il n'y a pas manquement à une obligation intransmissible pour les motifs qu'elle a exposés dans *K.L.B.*, et je trancherais la question des dommages-intérêts comme elle le fait. En conséquence, je rejetterais le pourvoi en ce qui a trait à la question de la responsabilité et je l'accueillerais en ce qui concerne la question des dommages-intérêts. J'accueillerais en partie le pourvoi incident.

ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

Protection of Children Act, R.S.B.C. 1960, ch. 303 (mod. S.B.C. 1968, ch. 41)

[TRADUCTION] 8. . . .

(8) Sous réserve du paragraphe (7), la personne qui appréhende un enfant est, dès l'appréhension fondée sur

56

57

58

the case by the Judge, the person who apprehends the child is responsible for the care, maintenance, and physical well-being of the child, and no liability shall attach either to such person or to any duly qualified physician or surgeon by reason only that the child is provided with necessary medical or surgical care during such time.

11A. (1) Where a child is committed to the care and custody of the Superintendent by an order, or delivered to him pursuant to subsection (2) of section 11, the Superintendent is thereupon the legal guardian of the person of the child, and he is authorized to take, and shall receive, the child into his custody. The Superintendent shall make arrangements as soon as may be for the placement of the child in a foster home, or such other place as will best meet the needs of the child.

(2) Where a child is committed to the care and custody of a society by an order, or delivered to a society pursuant to subsection (1) or (2) of section 11, the society is thereupon the legal guardian of the person of the child, and the society is authorized to take, and shall receive, the child into its custody.

(3) It is the duty of the society to use special diligence in providing suitable foster homes for such children as are committed to its care, and the society is hereby authorized to place such children in foster homes on a written agreement, during minority, or for any less period in the discretion of the society. . . .

14. Every society to whose care any child is committed under the provisions of this Act, and every person entrusted with the care of the child by any such society, shall from time to time permit the child to be visited, and any place where the child may be, or reside, to be inspected by the Superintendent or by any person authorized by the Superintendent for the purpose.

15. (1) Every organization that deals with or cares for children . . . shall, in addition to all other requirements of this Act, upon request of the Superintendent or of any person authorized by the Minister,

- (a) furnish to the Superintendent or person so authorized full information and particulars concerning every child with whom the organization has dealt, or to whom the organization has given care, or of whom the organization has had the custody; and
- (b) permit the Superintendent or person so authorized to have access to all parts of the premises and buildings of the organization . . . and to all children therein, and to all books and records of the organization.

l'article 7 et jusqu'à ce qu'un juge statue définitivement sur le cas, responsable des soins, de l'entretien et du bien-être physique de l'enfant, et ni elle ni le médecin ou chirurgien dûment qualifié n'engagent leur responsabilité du seul fait que l'enfant reçoit des soins médicaux ou chirurgicaux nécessaires pendant cette période.

11A. (1) Lorsqu'un enfant est confié par ordonnance aux soins et à la garde du surintendant, ou lorsqu'un enfant lui est confié en vertu du paragraphe 11(2), le surintendant devient de ce fait le tuteur légal de l'enfant, qu'il peut dès lors prendre et doit recevoir sous sa garde. Le surintendant prend le plus tôt possible les mesures voulues pour le placer dans la famille d'accueil ou l'établissement qui répondra le mieux possible à ses besoins.

(2) Lorsqu'un enfant est confié par ordonnance aux soins et à la garde d'une société, ou lorsqu'un enfant lui est confié en vertu des paragraphes 11(1) ou 11(2), la société devient de ce fait le tuteur légal de l'enfant, qu'elle peut dès lors prendre et doit recevoir sous sa garde.

(3) La société est tenue d'exercer la diligence particulière requise dans ses démarches pour placer les enfants confiés à ses soins dans des familles d'accueil convenables; elle est habilitée par la présente à le faire par entente écrite, pour toute la durée de leur minorité ou, à sa discrétion, pour une période plus courte . . .

14. La société aux soins de laquelle l'enfant est confié sous le régime de la présente Loi, ainsi que toute personne à qui elle en délègue les soins, permet de temps à autre au surintendant ou à toute personne qu'il autorise à cette fin de rendre visite à l'enfant et d'inspecter les lieux où il se trouve ou réside.

15. (1) À la demande du surintendant ou de toute personne qu'autorise le ministre, et outre les autres exigences imposées par la présente Loi, tout organisme qui vient en aide aux enfants ou leur prodigue des soins . . .

- (a) fournit au surintendant ou à toute personne autorisée tout renseignement relatif aux enfants qu'il a aidés, auxquels il a prodigué des soins ou dont il a eu la garde;
- (b) permet au surintendant ou à toute personne autorisée d'avoir accès à ses locaux [. . .] d'y rencontrer les enfants et de consulter tous ses livres et registres.

(3) If it appears to the Superintendent that the management of any organization referred to in subsection (1) is not such as to be in the best interests of the children in its care or custody . . . the Superintendent shall report the circumstances to the Minister

Appeal allowed and cross-appeal dismissed, ARBOUR J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Ministry of Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Dickson Murray, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Nishnawbe Aski Nation: Goodman and Carr; Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insurance Corporation of British Columbia: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the interveners Patrick Dennis Stewart et al.: David Paterson Law Corp., Surrey, B.C.; Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

(3) S'il estime que la direction de l'organisme visé au paragraphe (1) ne sert pas l'intérêt supérieur des enfants confiés à sa garde ou à ses soins [. . .] le surintendant fait rapport au ministre et lui expose les circonstances . . .

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté, la juge ARBOUR est dissidente en partie.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Dickson Murray, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Nation Aski Nishnawbe : Goodman and Carr; Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Insurance Corporation of British Columbia : Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs des intervenants Patrick Dennis Stewart et autres : David Paterson Law Corp., Surrey, C.-B.; Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Donald Martin *Appellant*

v.

Workers' Compensation Board of Nova Scotia and Attorney General of Nova Scotia *Respondents*

and

Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal, Ontario Network of Injured Workers Groups, Canadian Labour Congress, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Workers' Compensation Board of Alberta *Intervenors*

and between

Ruth A. Laseur *Appellant*

v.

Workers' Compensation Board of Nova Scotia and Attorney General of Nova Scotia *Respondents*

and

Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal, Ontario Network of Injured Workers Groups, Canadian Labour Congress, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Workers' Compensation Board of Alberta *Intervenors*

INDEXED AS: NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. MARTIN; NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. LASEUR

Donald Martin *Appelant*

c.

Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse et procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intimés*

et

Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse, Ontario Network of Injured Workers Groups, Congrès du travail du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Workers' Compensation Board de l'Alberta *Intervenants*

et entre

Ruth A. Laseur *Appelante*

c.

Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse et procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intimés*

et

Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse, Ontario Network of Injured Workers Groups, Congrès du travail du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Workers' Compensation Board de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTOIRÉ : NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) c. MARTIN; NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) c. LASEUR

Neutral citation: 2003 SCC 54.

File Nos.: 28372, 28370.

2002: December 9; 2003: October 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Administrative law — Workers' Compensation Appeals Tribunal — Jurisdiction — Charter issues — Constitutional validity of provisions of Appeals Tribunal's enabling statute — Whether Appeals Tribunal has jurisdiction to apply Canadian Charter of Rights and Freedoms — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Workers' compensation legislation excluding chronic pain from purview of regular workers' compensation system and providing in lieu of benefits normally available to injured workers four-week functional restoration program beyond which no further benefits are available — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Constitutional issues — Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law — Appropriate test.

The appellants, L and M, both suffer from the disability of chronic pain attributable to a work-related injury. M worked as a foreman and sustained a lumbar sprain. In the following months, he returned to work several times, but recurring pain required him to stop. He attended a work conditioning and hardening program. During this period, the Workers' Compensation Board of Nova Scotia provided him with temporary disability benefits and rehabilitation

Référence neutre : 2003 CSC 54.N^{os} du greffe : 28372, 28370.

2002 : 9 décembre; 2003 : 3 octobre.

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

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

Droit administratif — Workers' Compensation Appeals Tribunal — Compétence — Questions relatives à la Charte — Constitutionnalité de certaines dispositions de la loi habilitante du tribunal d'appel — Le tribunal d'appel a-t-il compétence pour appliquer la Charte canadienne des droits et libertés? — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Loi sur l'indemnisation des accidentés du travail excluant la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail et remplaçant les prestations auxquelles ont normalement droit les accidentés du travail par un programme de rétablissement fonctionnel d'une durée de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible — La loi viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions de droit constitutionnel — Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel — Critère applicable.

Les appelants, L et M, sont tous les deux atteints d'une incapacité due à la douleur chronique à la suite de la lésion liée au travail qu'ils ont subie chacun. M occupait un poste de contremaître et a subi une entorse lombaire. Au cours des mois suivants, il est retourné au travail à maintes reprises, mais il a dû cesser de travailler à cause d'une douleur récurrente. Il a suivi un programme de conditionnement au travail et de renforcement. Pendant cette période, la Workers'

services. When his temporary benefits were discontinued, M sought review of this decision, but his claim was denied by the Board. L was employed as a bus driver and injured her back and her right hand when she slipped and fell from the bumper of her bus. She received temporary disability benefits. Although L attempted to return to work on several occasions, she found that performing her duties aggravated her condition. She was denied a permanent partial disability award and vocational rehabilitation assistance. M and L appealed the Board's decisions to the Workers' Compensation Appeals Tribunal on the ground that the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations* and portions of s. 10B of the *Workers' Compensation Act* infringed s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These provisions exclude chronic pain from the purview of the regular workers' compensation system and provide, in lieu of the benefits normally available to injured workers, a four-week Functional Restoration Program beyond which no further benefits are available. The Board challenged the Appeals Tribunal's jurisdiction to hear the *Charter* argument.

The Appeals Tribunal affirmed its jurisdiction to apply the *Charter* and allowed M's appeal on the merits, holding that the Regulations and s. 10B(c) of the Act violated s. 15 of the *Charter* and that these violations were not justified under s. 1. M was awarded temporary benefits from August 6 to October 15, 1996. In L's appeal, the Appeals Tribunal concluded, based on the reasons given in M's appeal, that s. 10A and s. 10B(b) and (c) of the Act also violated s. 15(1) of the *Charter* and were not saved by s. 15(2) or s. 1; however, the Appeals Tribunal found that while L suffered from chronic pain attributable to her work injury, her permanent medical impairment rating under the applicable guidelines was 0 percent, thus barring her from obtaining permanent impairment or vocational rehabilitation. The Board appealed the Appeals Tribunal's *Charter* conclusions, M cross-appealed the cut-off of benefits as of October 15, 1996, and L cross-appealed the refusal to award benefits. The Court of Appeal allowed the Board's appeals and dismissed the cross-appeals. The court found that the Appeals Tribunal did not have jurisdiction to consider the constitutional validity of the Act and that, in any event, the chronic pain provisions did not demean the human dignity of

Compensation Board de la Nouvelle-Écosse (« commission ») lui a versé des prestations pour incapacité temporaire en plus de lui offrir des services de réadaptation. À la suite de la cessation du versement de ses prestations, M a demandé à la commission de réviser cette décision, ce qui lui a été refusé. L était chauffeur d'autobus et est tombée du pare-chocs de son autobus, se blessant alors au dos et à la main droite. Elle a touché des prestations pour incapacité temporaire. L a tenté de retourner au travail à maintes reprises, mais elle a constaté que l'exercice de ses fonctions avait pour effet d'aggraver son état. Elle s'est vu refuser une indemnité pour incapacité partielle permanente et une aide sous forme de réadaptation professionnelle. M et L ont interjeté appel contre les décisions de la commission devant le Workers' Compensation Appeals Tribunal, en faisant valoir que le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations* et certaines parties de l'art. 10B de la *Workers' Compensation Act* violaient le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces dispositions excluent la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail, et remplacent les prestations auxquelles ont normalement droit les accidentés du travail par un programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible. La commission a contesté la compétence du tribunal d'appel pour entendre l'argument fondé sur la *Charte*.

Le tribunal d'appel a confirmé qu'il avait compétence pour appliquer la *Charte* et il a accueilli l'appel de M au fond, décidant que le Règlement et l'al. 10Bc) de la Loi violaient l'art. 15 de la *Charte* et que ces violations n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier. M s'est vu accorder des prestations temporaires pour la période du 6 août au 15 octobre 1996. Dans le dossier L, le tribunal d'appel a conclu, pour les mêmes motifs que dans le dossier M, que l'art. 10A et les al. 10Bb) et c) de la Loi violaient également le par. 15(1) de la *Charte* et n'étaient sauvegardés ni par le par. 15(2) ni par l'article premier; il a toutefois décidé que, en dépit du fait qu'elle souffrait de douleur chronique à la suite de l'accident du travail dont elle avait été victime, le taux d'incapacité médicale permanente de L était de 0 pour 100 selon les lignes directrices applicables, de sorte qu'elle n'avait droit ni à des prestations pour incapacité permanente ni à une aide sous forme de réadaptation professionnelle. La commission a interjeté appel contre les conclusions du tribunal d'appel relatives à la *Charte*, M a interjeté un appel incident contre la cessation du versement des prestations prévue pour le 15 octobre 1996, et L a interjeté un appel incident contre le refus de lui accorder des prestations. La Cour d'appel a accueilli les appels de la

the claimants and thus did not violate s. 15(1) of the *Charter*.

Held: The appeals should be allowed. Section 10B of the Act and the Regulations in their entirety infringe s. 15(1) of the *Charter* and the infringement is not justified under s. 1. The challenged provisions are of no force or effect by operation of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The general declaration of invalidity is postponed for six months from the date of this judgment. In M's case, the decision rendered by the Appeals Tribunal is reinstated. L's case is returned to the Board.

The Constitution is the supreme law of Canada and, by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. From this principle of constitutional supremacy flows, as a practical corollary, the idea that Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts. To allow an administrative tribunal to decide *Charter* issues does not undermine the role of the courts as final arbiters of constitutionality in Canada. Administrative tribunal decisions based on the *Charter* are subject to judicial review on a correctness standard. In addition, the constitutional remedies available to administrative tribunals are limited and do not include general declarations of invalidity. A determination by a tribunal that a provision of its enabling statute is invalid pursuant to the *Charter* is not binding on future decision-makers, within or outside the tribunal's administrative scheme. Only by obtaining a formal declaration of invalidity by a court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases.

The Court of Appeal erred in concluding that the Appeals Tribunal did not have jurisdiction to consider the constitutionality of the challenged provisions of the Act and the Regulations. Administrative tribunals which have jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law arising under a legislative provision are presumed to have concomitant jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. In applying this approach, there is no need to draw any distinction between "general" and "limited" questions of law. Explicit jurisdiction must be found in the terms of the statutory grant of authority.

commission et rejeté les appels incidents. Elle a conclu que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité de la Loi et que, de toute façon, les dispositions relatives à la douleur chronique ne portaient pas atteinte à la dignité des demandeurs et ne violaient donc pas le par. 15(1) de la *Charte*.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis. L'article 10B de la Loi et le Règlement dans son entier violent le par. 15(1) de la *Charte*, et cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier. Les dispositions contestées sont inopérantes en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est ordonné que la déclaration générale d'invalidité ne prenne effet que dans six mois à compter de la date du présent jugement. La décision que le tribunal d'appel a rendue au sujet de M est rétablie. Le dossier de L est renvoyé à la commission.

La Constitution est la loi suprême du Canada et la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il découle, en pratique, de ce principe de la suprématie de la Constitution que les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles. Permettre aux tribunaux administratifs de trancher des questions relatives à la *Charte* ne mine pas le rôle d'arbitre ultime que les cours de justice jouent en matière de constitutionnalité au Canada. Les décisions d'un tribunal administratif fondées sur la *Charte* sont assujetties au contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte. En outre, les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs sont limitées et n'incluent pas les déclarations générales d'invalidité. La décision d'un tribunal administratif qu'une disposition de sa loi habilitante est invalide au regard de la *Charte* ne lie pas les décideurs qui se prononceront ultérieurement dans le cadre ou en dehors du régime administratif de ce tribunal. Ce n'est qu'en obtenant d'une cour de justice une déclaration formelle d'invalidité qu'une partie peut établir, pour l'avenir, l'invalidité générale d'une disposition législative.

La Cour d'appel a eu tort de conclure que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité du Règlement et des dispositions contestées de la Loi. Les tribunaux administratifs ayant compétence, expresse ou implicite, pour trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative sont présumés avoir le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Pour appliquer cette approche, il n'est pas nécessaire d'établir une distinction entre les questions de droit « générales » et les questions de droit « limitées ». La

Implied jurisdiction must be discerned by looking at the statute as a whole. Relevant factors will include the statutory mandate of the tribunal in issue and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively; the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Practical considerations, however, cannot override a clear implication from the statute itself. The party alleging that the tribunal lacks jurisdiction to apply the *Charter* may rebut the presumption by pointing to an explicit withdrawal of authority to consider the *Charter*; or by convincing the court that an examination of the statutory scheme clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter* (or a category of questions that would include the *Charter*, such as constitutional questions generally) from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. Such an implication should generally arise from the statute itself, rather than from external considerations. To the extent that *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, is inconsistent with this approach, it should no longer be relied upon.

The Appeals Tribunal could properly consider and decide the *Charter* issue raised in this case. The legislature expressly conferred on the Appeals Tribunal the authority to decide questions of law by providing, in s. 252(1) of the Act, that it "may confirm, vary or reverse the decision of a hearing officer" exercising the authority conferred upon the Board by s. 185(1) of the Act to "determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part". Other provisions of the Act also confirm the legislature's intention that the Appeals Tribunal decide questions of law, including s. 256(1), which provides for a further appeal to the Court of Appeal "on any question of law". This suggests that the Appeals Tribunal may deal initially with such questions. The Appeals Tribunal thus has explicit jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions, a jurisdiction which is presumed to include the authority to consider their constitutional validity. This presumption is not rebutted in this case, as there is no clear implication arising from the Act that the legislature intended to exclude the *Charter* from the scope of the Appeals Tribunal's authority. Even if there had been no express provision endowing the Appeals Tribunal with authority to consider and decide questions of law arising under the Act, an examination of

compétence expresse est celle exprimée dans le libellé de la disposition habilitante. La compétence implicite ressort de l'examen de la loi dans son ensemble. Les facteurs pertinents sont notamment les suivants : la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour accomplir efficacement cette mission; l'interaction entre ce tribunal et les autres composantes du régime administratif; la question de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle; des considérations pratiques telle la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne sauraient toutefois l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même. La partie qui prétend que le tribunal n'a pas compétence pour appliquer la *Charte* peut réfuter la présomption en signalant que le pouvoir d'examiner la *Charte* a été retiré expressément, ou en convainquant la cour qu'un examen du régime établi par la loi mène clairement à la conclusion que le législateur a voulu exclure la *Charte* (ou une catégorie de questions incluant celles relatives à la *Charte*, telles les questions de droit constitutionnel en général) des questions de droit soumises à l'examen du tribunal administratif en question. En général, une telle inférence doit émaner de la loi elle-même et non de considérations externes. Dans la mesure où il est incompatible avec ce point de vue, il n'y a plus lieu de se fonder sur l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

Le tribunal d'appel était donc compétent pour examiner et trancher la question relative à la *Charte* soulevée en l'espèce. La législature a expressément investi le tribunal d'appel du pouvoir de trancher des questions de droit, en prévoyant, au par. 252(1) de la Loi, qu'il « peut confirmer, modifier ou infirmer la décision d'un agent enquêteur » rendue dans l'exercice du pouvoir — conféré à la commission par le par. 185(1) de la Loi — de « trancher [...] toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie ». D'autres dispositions de la Loi confirment également l'intention du législateur d'investir le tribunal d'appel du pouvoir de trancher des questions de droit, notamment le par. 256(1), qui permet également d'interjeter appel « sur une question de droit » devant la Cour d'appel. Cela laisse entendre que le tribunal d'appel peut, au départ, examiner de telles questions. Le tribunal d'appel est donc expressément investi du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application des dispositions contestées, lequel pouvoir est présumé comprendre celui d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions. Cette présomption n'est pas réfutée en l'espèce vu qu'il ne ressort pas clairement de la Loi que le législateur a voulu soustraire l'application de la *Charte* à la compétence du tribunal d'appel. Même s'il n'y avait eu aucune disposition autorisant expressément

the statutory scheme set out by the Act would lead to the conclusion that it has implied authority to do so.

The Court of Appeal also erred in concluding that the challenged provisions of the Act and the Regulations did not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The appropriate comparator group for the s. 15(1) analysis in this case is the group of workers subject to the Act who do not have chronic pain and are eligible for compensation for their employment-related injuries. By entirely excluding chronic pain from the application of the general compensation provisions of the Act and limiting the applicable benefits to a four-week Functional Restoration Program for workers injured after February 1, 1996, the Act and the Regulations clearly impose differential treatment upon injured workers suffering from chronic pain on the basis of the nature of their physical disability, an enumerated ground under s. 15(1) of the *Charter*. The view that since both the claimants and the comparator group suffer from physical disabilities, differential treatment of chronic pain within the workers' compensation scheme is not based on physical disability must be rejected. Differential treatment can occur on the basis of an enumerated ground despite the fact that not all persons belonging to the relevant group are equally mistreated. Distinguishing injured workers with chronic pain from those without is still a disability-based distinction. Although, under the current guidelines, L would be found to have a 0 percent impairment rating and would thus be denied benefits anyway, deprivation of access to an institution available to others, even though the individual bringing the claim would not necessarily derive immediate benefits from such access, constitutes differential treatment. In the context of the Act, and given the nature of chronic pain, the differential treatment is discriminatory. It is discriminatory because it does not correspond to the actual needs and circumstances of injured workers suffering from chronic pain, who are deprived of any individual assessment of their needs and circumstances. Such workers are, instead, subject to uniform, limited benefits based on their presumed characteristics as a group. The scheme also ignores the needs of those workers who, despite treatment, remain permanently disabled by chronic pain. Nothing indicates that the scheme is aimed at improving the circumstances of a more disadvantaged group, or that the interests affected are merely economic or otherwise minor. On the contrary, the denial of the reality of the pain suffered by the affected workers reinforces widespread negative assumptions held by employers, compensation officials and some members of the medical profession. A reasonable person in circumstances similar to those of L and M, fully apprised of all the relevant circumstances and taking into account the relevant contextual factors, would

le tribunal d'appel à examiner et à trancher les questions de droit découlant de l'application de la Loi, l'examen du régime établi par la Loi mènerait à la conclusion que le tribunal d'appel a implicitement le pouvoir de le faire.

La Cour d'appel a également eu tort de conclure que le Règlement et les dispositions contestées de la Loi ne violaient pas le par. 15(1) de la *Charte*. Pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 15(1), le groupe de comparaison approprié en l'espèce est celui constitué des travailleurs assujettis à la Loi qui ne souffrent pas de douleur chronique et qui sont admissibles à une indemnité pour une lésion professionnelle. Du fait qu'ils excluent totalement la douleur chronique du champ d'application des dispositions générales de la Loi relatives à l'indemnisation et qu'ils limitent à un programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines les avantages auxquels ont droit les travailleurs ayant subi une lésion après le 1^{er} février 1996, il est évident que la Loi et le Règlement réservent aux accidentés du travail souffrant de douleur chronique un traitement différent fondé sur la nature de leur déficience physique qui est un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte*. Il y a lieu de rejeter le point de vue voulant que le traitement différent que le régime d'indemnisation des accidentés du travail réserve aux personnes souffrant de douleur chronique ne soit pas fondé sur la déficience physique, étant donné que les demandeurs et les membres du groupe de comparaison sont tous atteints d'une déficience physique. Une différence de traitement peut reposer sur un motif énuméré même lorsque les membres du groupe pertinent ne sont pas tous également maltraités. La distinction entre les accidentés du travail qui souffrent de douleur chronique et ceux qui ne souffrent pas de ce type de douleur demeure une distinction fondée sur une déficience. Indépendamment du fait que, suivant les lignes directrices actuelles, on jugerait que le taux d'incapacité de L serait de 0 pour 100 et que tout avantage lui serait de toute façon refusé, refuser à l'auteur d'une demande l'accès à une institution accessible à autrui, même dans le cas où il ne tirerait pas nécessairement immédiatement profit de cet accès, constitue une différence de traitement. Dans le contexte de la Loi et compte tenu de la nature de la douleur chronique, cette différence de traitement est discriminatoire. Elle l'est parce qu'elle ne répond pas à la situation et aux besoins véritables des accidentés du travail souffrant de douleur chronique, qui sont privés de toute évaluation individuelle de leurs besoins et de leur situation. Ces personnes ont plutôt droit à des avantages uniformes et limités qui sont fondés sur leurs caractéristiques présumées en tant que groupe. Le régime ne tient pas compte non plus des besoins des travailleurs qui, malgré les traitements, demeurent atteints d'une incapacité permanente due à la douleur chronique. Rien n'indique que le régime vise à améliorer la situation d'un groupe plus

conclude that the challenged provisions have the effect of demeaning the dignity of chronic pain sufferers.

The infringement of L's and M's equality rights cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The first objective of maintaining the financial viability of the Accident Fund is not pressing and substantial. Budgetary considerations in and of themselves cannot justify violating a *Charter* right, although they may be relevant in determining the appropriate degree of deference to governmental choices based on a non-financial objective. Likewise, the second objective of developing a consistent legislative response to chronic pain claims cannot stand on its own. Mere administrative expediency or conceptual elegance cannot be sufficiently pressing and substantial to override a *Charter* right. This objective only becomes meaningful when examined with the third objective of avoiding fraudulent claims based on chronic pain. Developing a consistent legislative response to the special issues raised by chronic pain claims — such as determining whether the pain is actually caused by the work-related accident and assessing the relevant degree of impairment — in order to avoid fraudulent claims is a pressing and substantial objective. The challenged provisions of the Act and the Regulations are rationally connected to this objective. It is obvious, however, that the blanket exclusion of chronic pain from the workers' compensation system does not minimally impair the rights of chronic pain sufferers. The challenged provisions make no attempt whatsoever to determine who is genuinely suffering and needs compensation, and who may be abusing the system. They ignore the very real needs of the many workers who are in fact impaired by chronic pain and whose condition is not appropriately remedied by the four-week Functional Restoration Program. The fourth objective is to implement early medical intervention and return to work as the optimal treatment for chronic pain. Assuming that this objective is pressing and substantial and that the challenged provisions are rationally connected to it, they do not minimally impair the rights of chronic pain sufferers. No evidence indicates that an automatic cut-off of benefits regardless of individual needs is necessary to achieve that goal. This is particularly true with respect to ameliorative benefits which would actually facilitate return to work, such as vocational rehabilitation, medical aid and the rights

défavorisé, ni que les intérêts en cause sont purement économiques ou, par ailleurs, négligeables. Au contraire, nier que les travailleurs concernés souffrent réellement de douleur contribue à renforcer les nombreuses hypothèses négatives des employeurs, des agents d'indemnisation et de certains médecins. Une personne raisonnable placée dans une situation semblable à celle de L et de M et bien informée de toutes les circonstances pertinentes conclurait, à la lumière des facteurs contextuels pertinents, que les dispositions contestées portent atteinte à la dignité des personnes souffrant de douleur chronique.

La violation des droits à l'égalité de L et de M n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*. Le premier objectif, qui est d'assurer la viabilité du fonds d'indemnisation, n'est pas urgent et réel. Des considérations budgétaires ne sauraient à elles seules justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*, même si elles peuvent être utiles pour déterminer la mesure de déférence que commandent les choix du gouvernement fondés sur un objectif non financier. De même, le deuxième objectif — apporter une solution législative cohérente aux difficultés administratives que posent les demandes fondées sur la douleur chronique — ne saurait tenir à lui seul. La simple commodité administrative ou élégance conceptuelle ne peut être suffisamment urgente et réelle pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. Le deuxième objectif n'a de sens que s'il est examiné de pair avec le troisième objectif, qui est d'éviter les demandes frauduleuses fondées sur la douleur chronique. Donner une réponse législative cohérente aux difficultés particulières que posent les demandes fondées sur la douleur chronique — notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si la douleur est vraiment due à un accident du travail et d'évaluer l'incapacité qui en résulte —, afin d'éviter les demandes frauduleuses, est un objectif urgent et réel. Il existe un lien rationnel entre cet objectif, d'une part, et le Règlement et les dispositions contestées de la Loi, d'autre part. Toutefois, il est évident que l'exclusion générale de la douleur chronique du champ d'application du régime d'indemnisation des accidentés du travail ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes souffrant de ce type de douleur. Dans les dispositions contestées, le législateur ne tente nullement de déterminer qui souffre vraiment et a besoin d'être indemnisé et qui abuse vraisemblablement du système. Ces dispositions ne tiennent pas compte des besoins bien réels des nombreux travailleurs qui sont effectivement atteints d'une incapacité due à la douleur chronique et pour qui le programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines n'est pas suffisant. La Loi a pour quatrième objectif d'assurer une intervention médicale prompte et un retour rapide au travail, en tant que meilleure façon de traiter la douleur chronique. À supposer que cet objectif soit urgent et réel

to re-employment and accommodation. Moreover, the legislation deprives workers whose chronic pain does not improve as a result of early medical intervention and who return to work from receiving any benefits beyond the four-week Functional Restoration Program. Others, like L, are not even admissible to this program because of the date of their injuries. The deleterious effects of the challenged provisions on these workers clearly outweigh their potential beneficial effects.

et qu'il ait un lien rationnel avec les dispositions contestées, ces dernières ne portent pas le moins possible atteinte aux droits des personnes souffrant de douleur chronique. Aucune preuve n'indique que la réalisation de cet objectif commande le retrait automatique des avantages sans égard aux besoins de la personne touchée. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les avantages améliorateurs qui faciliteraient réellement le retour au travail, comme la réadaptation professionnelle, les soins médicaux, ainsi que le droit au réemploi et à des mesures d'adaptation. De plus, aux termes de la mesure législative en cause, les travailleurs souffrant de douleur chronique, dont l'état ne s'améliore pas à la suite d'une intervention médicale prompte et d'un retour rapide au travail, cessent d'avoir droit à des avantages après avoir participé au programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines. D'autres personnes, comme L, ne sont même pas admissibles à ce programme à cause de la date à laquelle elles ont subi leurs lésions. Les effets préjudiciables des dispositions contestées sur ces travailleurs l'emportent clairement sur leurs effets bénéfiques éventuels.

Cases Cited

Overruled: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; **discussed:** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; **referred to:** *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [2001] 2 F.C. 392, rev'd [2001] 3 F.C. 481; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Reynolds* (1997), 139 F.T.R. 315; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *David Taylor & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143;

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; **arrêts analysés :** *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; **arrêts mentionnés :** *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2001] 2 C.F. 392, inf. par [2001] 3 C.F. 481; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Reynolds*, [1997] A.C.F. n° 1763 (QL); *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *David Taylor & Son, Ltd. c. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Renvoi : Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Andrews c. Law*

Lavoie v. Canada, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *White v. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (2d) 321; *Marinelli v. Keigan* (1999), 173 N.S.R. (2d) 56.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Constitutional Questions Act, R.S.N.S. 1989, c. 89.
Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96, ss. 2(b), 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372.
Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, ss. 10(1), 10A [ad. 1999, c. 1, s. 1], 10B [*idem*], 10E [*idem*], 28, 84, 90, 91, 113, 178(1), 180, 183 [am. *idem*, s. 19], 183(5A) [ad. *idem*], 185(1), 199(1), (2), 200(1), 202(a), 238(5), 240, 243 [rep. & sub. *idem*, s. 30], 245(1)(d), 246(1), (3) [ad. *idem*, s. 31], 248(1), (3), 252(1), 253(1), 256(1) [am. *idem*, s. 36].

Authors Cited

Canada. Association of Workers' Compensation Boards of Canada. *Compensating for Chronic Pain — 2000*. Mississauga, Ont.: AWCBC, 2000.
 McAllister, Debra M. "Administrative Tribunals and the Charter: A Tale of Form Conquering Substance", in *L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, 131.
 Murray, T. J. *Chronic Pain*. Report prepared for the Workers' Compensation Board of Nova Scotia. Halifax: Workers' Compensation Board of Nova Scotia, 1995.
 Ontario. Workplace Safety and Insurance Board. *Chronic Pain Initiative: Report of the Chair of the Chronic Pain Panels*. Toronto: WSIB, 2000.

Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *White c. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (2d) 321; *Marinelli c. Keigan* (1999), 173 N.S.R. (2d) 56.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 24(1).
Constitutional Questions Act, R.S.N.S. 1989, ch. 89.
Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96, art. 2b), 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372.
Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10(1), 10A [aj. 1999, ch. 1, art. 1], 10B [*idem*], 10E [*idem*], 28, 84, 90, 91, 113, 178(1), 180, 183 [mod. *idem*, art. 19], 183(5A) [aj. *idem*], 185(1), 199(1), (2), 200(1), 202a), 238(5), 240, 243 [abr. & rempl. *idem*, art. 30], 245(1)d), 246(1), (3) [aj. *idem*, art. 31], 248(1), (3), 252(1), 253(1), 256(1) [mod. *idem*, art. 36].

Doctrine citée

Canada. Association des commissions des accidents du travail du Canada. *Compensating for Chronic Pain — 2000*. Mississauga, Ont.: ACATC, 2000.
 McAllister, Debra M. « Administrative Tribunals and the Charter: A Tale of Form Conquering Substance », in *L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism*, Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, 131.
 Murray, T. J. *Chronic Pain*. Report prepared for the Workers' Compensation Board of Nova Scotia. Halifax: Workers' Compensation Board of Nova Scotia, 1995.
 Ontario. Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail. *Chronic Pain Initiative: Report of the Chair of the Chronic Pain Panels*. Toronto: CSPAAAT, 2000.

Roman, Andrew J. “Case Comment: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*” (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243.

APPEALS from judgments of the Nova Scotia Court of Appeal (2000), 192 D.L.R. (4th) 611, 188 N.S.R. (2d) 330, 587 A.P.R. 330, 26 Admin L.R. (3d) 90, 84 C.R.R. (2d) 246, [2000] N.S.J. No. 353 (QL), 2000 NSCA 126, allowing the appeals and dismissing the cross-appeals from the decisions of the Workers’ Compensation Appeals Tribunal. Appeals allowed.

Kenneth H. LeBlanc, Anne S. Clark, Anne Derrick, Q.C., and Patricia J. Wilson, for the appellants.

Brian A. Crane, Q.C., David P. S. Farrar and Janet Curry, for the respondent the Workers’ Compensation Board of Nova Scotia.

Catherine J. Lunn, for the respondent the Attorney General of Nova Scotia.

John P. Merrick, Q.C., and Louanne Labelle, for the intervener the Nova Scotia Workers’ Compensation Appeals Tribunal.

Ena Chadha and William Holder, for the intervener the Ontario Network of Injured Workers Groups.

Steven Barrett and Ethan Poskanzer, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Robert Earl Charney, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Kathryn L. Kickbush, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Curtis Craig*, for the intervener the Workers’ Compensation Board of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

I. Introduction

Chronic pain syndrome and related medical conditions have emerged in recent years as one of the

Roman, Andrew J. « Case Comment : *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)* » (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (2000), 192 D.L.R. (4th) 611, 188 N.S.R. (2d) 330, 587 A.P.R. 330, 26 Admin L.R. (3d) 90, 84 C.R.R. (2d) 246, [2000] N.S.J. No. 353 (QL), 2000 NSCA 126, qui a accueilli les appels principaux et rejeté les appels incidents interjetés contre les décisions du Workers’ Compensation Appeals Tribunal. Pourvois accueillis.

Kenneth H. LeBlanc, Anne S. Clark, Anne Derrick, c.r., et Patricia J. Wilson, pour les appelants.

Brian A. Crane, c.r., David P. S. Farrar et Janet Curry, pour l’intimée Workers’ Compensation Board de la Nouvelle-Écosse.

Catherine J. Lunn, pour l’intimé le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

John P. Merrick, c.r., et Louanne Labelle, pour l’intervenant Workers’ Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse.

Ena Chadha et William Holder, pour l’intervenant Ontario Network of Injured Workers Groups.

Steven Barrett et Ethan Poskanzer, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Robert Earl Charney, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Kathryn L. Kickbush, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Curtis Craig*, pour l’intervenante Workers’ Compensation Board de l’Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

Depuis quelques années, tant au Canada qu’à l’étranger, les régimes d’indemnisation des

most difficult problems facing workers' compensation schemes in Canada and around the world. There is no authoritative definition of chronic pain. It is, however, generally considered to be pain that persists beyond the normal healing time for the underlying injury or is disproportionate to such injury, and whose existence is not supported by objective findings at the site of the injury under current medical techniques. Despite this lack of objective findings, there is no doubt that chronic pain patients are suffering and in distress, and that the disability they experience is real. While there is at this time no clear explanation for chronic pain, recent work on the nervous system suggests that it may result from pathological changes in the nervous mechanisms that result in pain continuing and non-painful stimuli being perceived as painful. These changes, it is believed, may be precipitated by peripheral events, such as an accident, but may persist well beyond the normal recovery time for the precipitating event. Despite this reality, since chronic pain sufferers are impaired by a condition that cannot be supported by objective findings, they have been subjected to persistent suspicions of malingering on the part of employers, compensation officials and even physicians. Ruth Laseur and Donald Martin are the appellants in this case. Both suffer from the disability of chronic pain.

accidentés du travail sont aux prises avec l'un des dossiers les plus épineux, celui du syndrome de la douleur chronique et des problèmes de santé connexes. Aucune définition de la douleur chronique ne fait autorité. Toutefois, l'on considère généralement qu'il s'agit d'une douleur persistant au-delà de la période normale de guérison d'une lésion ou disproportionnée à cette lésion, et caractérisée par l'absence, à l'emplacement de la lésion, de symptômes objectifs permettant d'attester l'existence de cette douleur au moyen des techniques médicales actuelles. Malgré cette absence de symptômes objectifs, il ne fait aucun doute que les personnes éprouvant de la douleur chronique souffrent physiquement et moralement et que leur incapacité est réelle. L'on ne connaît pas encore la cause précise de la douleur chronique, mais de récentes recherches sur le système nerveux indiquent qu'elle pourrait résulter de modifications pathologiques des mécanismes nerveux qui contribueraient à rendre la douleur persistante et qui feraient en sorte que des stimuli non douloureux soient perçus comme étant douloureux. L'on croit que ces modifications peuvent être déclenchées par un événement extérieur, tel un accident, mais qu'elles peuvent persister bien au-delà de la période normale de convalescence de la victime de l'événement déclencheur. Malgré tout, étant donné que le mal qui les frappe ne comporte aucun symptôme objectif permettant d'en attester l'existence, les personnes souffrant de douleur chronique sont constamment soupçonnées de feindre leur mal par les employeurs, les agents d'indemnisation et même les médecins. Ruth Laseur et Donald Martin sont les appelants en l'espèce. Tous deux sont atteints d'une incapacité due à la douleur chronique.

2

Courts are not the appropriate forum for an evaluation of the available medical evidence concerning chronic pain for general scientific purposes. Nevertheless, because disability is an enumerated ground in s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the question whether the way in which a government handles chronic pain in providing services amounts to discrimination is a proper subject of judicial review. More specifically, these appeals concern the constitutional validity of s. 10B of the *Nova Scotia Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, as amended by S.N.S. 1999,

Les cours de justice ne sont pas compétentes pour évaluer, à des fins scientifiques générales, les données médicales disponibles au sujet de la douleur chronique. Néanmoins, étant donné que la déficience est un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la question de savoir si, en fournissant des services, un gouvernement traite la douleur chronique de manière discriminatoire peut, à juste titre, faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Plus précisément, les présents pourvois portent sur la constitutionnalité de l'art. 10B de la *Workers' Compensation Act* de la

c. 1 (the “Act”), and of the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96 (the “FRP Regulations”), adopted under that Act. These provisions exclude chronic pain from the purview of the regular workers’ compensation system and provide, in lieu of the benefits normally available to injured workers, a four-week Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program (the “Functional Restoration Program”) beyond which no further benefits are available. A preliminary issue is whether the Nova Scotia Workers’ Compensation Appeals Tribunal (the “Appeals Tribunal”), an administrative tribunal set up to hear appeals from decisions of the Workers’ Compensation Board of Nova Scotia (the “Board”), had jurisdiction to decline to apply the challenged provisions to the appellants on the ground that these provisions violate the *Charter*.

In my view, the Nova Scotia Court of Appeal erred in concluding that the Appeals Tribunal did not have jurisdiction to consider the constitutionality of the challenged provisions of the Act and the FRP Regulations. I am of the view that the rules concerning the jurisdiction of administrative tribunals to apply the *Charter* established by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, ought to be reappraised and restated as a clear set of guidelines. Administrative tribunals which have jurisdiction — whether explicit or implied — to decide questions of law arising under a legislative provision are presumed to have concomitant jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. This presumption may only be rebutted by showing that the legislature clearly intended to exclude *Charter* issues from the tribunal’s authority over questions of law. To the extent that the majority reasons in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, are

Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1994-95, ch. 10, modifiée par S.N.S. 1999, ch. 1 (la « Loi »), d’une part, et sur celle du *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96 (le « Règlement »), pris en vertu de la Loi, d’autre part. Les dispositions en cause excluent la douleur chronique du champ d’application du régime habituel d’indemnisation des accidentés du travail, et remplacent les prestations auxquelles ont normalement droit les accidentés du travail par le Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program (« programme de rétablissement fonctionnel ») d’une durée de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n’est disponible. Une question préliminaire est de savoir si le Workers’ Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse (le « tribunal d’appel »), tribunal administratif créé pour entendre les appels interjetés contre les décisions de la Workers’ Compensation Board de la Nouvelle-Écosse (la « commission »), pouvait refuser d’appliquer aux appelants les dispositions contestées pour le motif qu’elles violent la *Charte*.

À mon sens, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a eu tort de conclure que le tribunal d’appel n’avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité du Règlement et des dispositions contestées de la Loi. J’estime qu’il y a eu lieu de réévaluer et de reformuler, sous forme de lignes directrices claires, les règles concernant la compétence des tribunaux administratifs en matière d’application de la *Charte*, que notre Cour a établies dans les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Les tribunaux administratifs ayant compétence — expresse ou implicite — pour trancher les questions de droit découlant de l’application d’une disposition législative sont présumés avoir le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve que le législateur avait manifestement l’intention de soustraire les questions relatives à la *Charte* à la compétence que les tribunaux administratifs possèdent à l’égard des questions de droit. Je suis

inconsistent with this approach, I am of the view that they should no longer be relied upon.

4

Here, the Nova Scotia legislature expressly conferred on the Appeals Tribunal the authority to decide questions of law by providing, in s. 252(1) of the Act, that it “may confirm, vary or reverse the decision of a hearing officer” exercising the authority conferred upon the Board by s. 185(1) of the Act to “determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part”. Other provisions of the Act also confirm the legislature’s intention that the Appeals Tribunal decide questions of law, for instance by allowing the Chair, under certain circumstances, to direct cases involving “important or novel questions or issues of general significance” or issues of “law and general policy” to the Appeals Tribunal for consideration (s. 199(1) and (2)), and by providing for a further appeal to the Nova Scotia Court of Appeal “on any question of law” (s. 256(1)). The Appeals Tribunal thus has explicit jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions, a jurisdiction which is presumed to include the authority to consider their constitutional validity. This presumption is not rebutted in this case, as there is no clear implication arising from the Act that the legislature intended to exclude the *Charter* from the scope of the Appeals Tribunal’s authority.

5

In my view, the Nova Scotia Court of Appeal also erred in concluding that the challenged provisions of the Act and the FRP Regulations did not violate s. 15(1) of the *Charter*. By entirely excluding chronic pain from the application of the general compensation provisions of the Act and limiting the applicable benefits to a four-week Functional Restoration Program for workers injured after February 1, 1996, the Act and the FRP Regulations clearly impose differential treatment upon injured workers

d’avis que, dans la mesure où ils sont incompatibles avec ce point de vue, il n’y a plus lieu de se fonder sur les motifs des juges majoritaires dans l’arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

En l’espèce, la législature de la Nouvelle-Écosse a expressément investi le tribunal d’appel du pouvoir de trancher des questions de droit, en prévoyant, au par. 252(1) de la Loi, qu’il [TRADUCTION] « peut confirmer, modifier ou infirmer la décision d’un agent enquêteur » rendue dans l’exercice du pouvoir — conféré à la commission par le par. 185(1) de la Loi — de [TRADUCTION] « trancher [. . .] toute question de droit ou de fait découlant de l’application de la présente partie ». D’autres dispositions de la Loi confirment également l’intention du législateur d’investir le tribunal d’appel du pouvoir de trancher des questions de droit, notamment en autorisant, dans certains cas, le président à soumettre à l’examen du tribunal d’appel des affaires dans lesquelles sont soulevées [TRADUCTION] « des questions importantes ou nouvelles ou des questions de portée générale », ou encore des questions [TRADUCTION] « de droit et de politique générale » (par. 199(1) et (2)), et en permettant également d’interjeter appel [TRADUCTION] « sur une question de droit » devant la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (par. 256(1)). Le tribunal d’appel est donc expressément investi du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l’application des dispositions contestées, lequel pouvoir est présumé comprendre celui d’examiner la constitutionnalité de ces dispositions. Cette présomption n’est pas réfutée en l’espèce vu qu’il ne ressort pas clairement de la Loi que le législateur a voulu soustraire l’application de la *Charte* à la compétence du tribunal d’appel.

À mon avis, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a également eu tort de conclure que le Règlement et les dispositions contestées de la Loi ne violaient pas le par. 15(1) de la *Charte*. Du fait qu’ils excluent totalement la douleur chronique du champ d’application des dispositions générales de la Loi relatives à l’indemnisation et qu’ils limitent à un programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines les avantages auxquels ont droit les travailleurs ayant subi une lésion après le 1^{er} février 1996, il est

suffering from chronic pain on the basis of the nature of their physical disability, an enumerated ground under s. 15(1) of the *Charter*. In the context of the Act, and given the nature of chronic pain, this differential treatment is discriminatory. It is discriminatory because it does not correspond to the actual needs and circumstances of injured workers suffering from chronic pain, who are deprived of any individual assessment of their needs and circumstances. Such workers are, instead, subject to uniform, limited benefits based on their presumed characteristics as a group. The scheme also ignores the needs of those workers who, despite treatment, remain permanently disabled by chronic pain. Nothing indicates that the scheme is aimed at improving the circumstances of a more disadvantaged group, or that the interests affected are merely economic or otherwise minor. On the contrary, the denial of the reality of the pain suffered by the affected workers reinforces widespread negative assumptions held by employers, compensation officials and some members of the medical profession, and demeans the essential human dignity of chronic pain sufferers. The challenged provisions clearly violate s. 15(1) of the *Charter*.

Finally, I am of the view that this violation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. On the one hand, budgetary considerations in and of themselves cannot justify violating a *Charter* right, although they may be relevant in determining the appropriate degree of deference to governmental choices based on a non-financial objective. On the other hand, developing a consistent legislative response to the special issues raised by chronic pain claims — such as determining whether the pain is actually caused by the work-related accident and assessing the relevant degree of impairment — in order to avoid fraudulent claims is a pressing and substantial objective. However, it is obvious that the blanket exclusion of chronic pain from the workers' compensation system does not minimally impair the rights of chronic pain sufferers. The challenged provisions make no attempt whatsoever to determine who is genuinely suffering and needs

évident que la Loi et le Règlement réservent aux accidentés du travail souffrant de douleur chronique un traitement différent fondé sur la nature de leur déficience physique qui est un motif énuméré au par. 15(1) de la *Charte*. Dans le contexte de la Loi et compte tenu de la nature de la douleur chronique, cette différence de traitement est discriminatoire. Elle l'est parce qu'elle ne répond pas à la situation et aux besoins véritables des accidentés du travail souffrant de douleur chronique, qui sont privés de toute évaluation individuelle de leurs besoins et de leur situation. Ces personnes ont plutôt droit à des avantages uniformes et limités qui sont fondés sur leurs caractéristiques présumées en tant que groupe. Le régime ne tient pas compte non plus des besoins des travailleurs qui, malgré les traitements, demeurent atteints d'une incapacité permanente due à la douleur chronique. Rien n'indique que le régime vise à améliorer la situation d'un groupe plus défavorisé, ni que les intérêts en cause sont purement économiques ou, par ailleurs, négligeables. Au contraire, nier que les travailleurs concernés souffrent réellement de douleur contribue à renforcer les nombreuses hypothèses négatives des employeurs, des agents d'indemnisation et de certains médecins, et porte atteinte à la dignité essentielle des personnes souffrant de douleur chronique. Les dispositions contestées violent clairement le par. 15(1) de la *Charte*.

Enfin, j'estime que cette violation n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*. D'une part, des considérations budgétaires ne sauraient à elles seules justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*, même si elles peuvent être utiles pour déterminer la mesure de déférence que commandent les choix du gouvernement fondés sur un objectif non financier. D'autre part, donner une réponse législative cohérente aux difficultés particulières que posent les demandes fondées sur la douleur chronique — notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si la douleur est vraiment due à un accident du travail et d'évaluer l'incapacité qui en résulte —, afin d'éviter les demandes frauduleuses, est un objectif urgent et réel. Cependant, il est évident que l'exclusion générale de la douleur chronique du champ d'application du régime d'indemnisation des accidentés du travail ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes souffrant de

compensation and who may be abusing the system. They ignore the very real needs of the many workers who are in fact impaired by chronic pain and whose condition is not appropriately remedied by the four-week Functional Restoration Program. A last alleged objective of the legislation is to implement early medical intervention and return to work as the optimal treatment for chronic pain. Assuming that this objective is pressing and substantial and that the challenged provisions are rationally connected to it, however, they do not minimally impair the rights or chronic pain sufferers. No evidence indicates that an automatic cut-off of benefits regardless of individual needs is necessary to achieve that goal. This is particularly true with respect to ameliorative benefits which would actually facilitate return to work, such as vocational rehabilitation, medical aid and the rights to re-employment and accommodation.

ce type de douleur. Dans les dispositions contestées, le législateur ne tente nullement de déterminer qui souffre vraiment et a besoin d'être indemnisé et qui abuse vraisemblablement du système. Ces dispositions ne tiennent pas compte des besoins bien réels des nombreux travailleurs qui sont effectivement atteints d'une incapacité due à la douleur chronique et pour qui le programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines n'est pas suffisant. On allègue, enfin, que la Loi a pour objectif d'assurer une intervention médicale prompte et un retour rapide au travail, en tant que meilleure façon de traiter la douleur chronique. À supposer que cet objectif soit urgent et réel et qu'il ait un lien rationnel avec les dispositions contestées, ces dernières ne portent toutefois pas le moins possible atteinte aux droits des personnes souffrant de douleur chronique. Aucune preuve n'indique que la réalisation de cet objectif commande le retrait automatique des avantages sans égard aux besoins de la personne touchée. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les avantages améliorateurs qui faciliteraient réellement le retour au travail, comme la réadaptation professionnelle, les soins médicaux, ainsi que le droit au réemploi et à des mesures d'adaptation.

7 I thus conclude that the challenged provisions violate the *Charter* and should be struck down.

Je conclus donc que les dispositions contestées violent la *Charte* et doivent être invalidées.

II. Facts

II. Les faits

A. *The Laseur Appeal*

A. *Le pourvoi Laseur*

8 The appellant Ruth A. Laseur was employed as a bus driver by the Metropolitan Authority (Metro Transit Division) in Halifax, Nova Scotia. On November 13, 1987, she injured her back and her right hand when she slipped and fell from the bumper of her bus while attempting to clean the windshield. The accident was reported to the Board and she continued to work until February 16, 1988, with occasional days off due to back pain. She received temporary disability benefits for various periods between February 16, 1988, and October 30, 1989, when the benefits were terminated. Although Ms. Laseur attempted to return to work on several occasions, she found that performing her duties aggravated her condition.

L'appelante Ruth A. Laseur était chauffeur d'autobus pour la Metropolitan Authority (Metro Transit Division) de Halifax, en Nouvelle-Écosse. Le 13 novembre 1987, après être montée sur le pare-chocs de son autobus pour en nettoyer le pare-brise, elle est tombée, se blessant alors au dos et à la main droite. L'accident a été signalé à la commission, et l'appelante a continué de travailler jusqu'au 16 février 1988, s'absentant à l'occasion à cause de maux de dos. Elle a touché des prestations pour incapacité temporaire pendant diverses périodes comprises entre le 16 février 1988 et le 30 octobre 1989, date à laquelle leur versement a cessé. Madame Laseur a tenté de retourner au travail à maintes reprises, mais elle a constaté que l'exercice de ses fonctions avait pour effet d'aggraver son état.

Ms. Laseur continued to pursue her workers' compensation claim and returned to work part-time on February 23, 1990. A summary report by the Board on February 21, 1990, noted that she had "fallen into the usual chronic pain picture" and considered that there was "no objective evidence to justify a PMI (permanent medical impairment) examination". She worked part-time until April 10, 1990, when her employer required her to return to full-time hours. This aggravated her back pain. She stopped work on April 18, then shortly returned on a part-time basis until July 30. Later, after numerous treatments for her back pain remained ineffective, her family physician ordered her to stop working again.

Ms. Laseur appealed the Board's decision to terminate her temporary disability benefits to the Workers' Compensation Appeal Board (as it was then called). In October 1990, the Board awarded her further temporary disability benefits until July 30, 1990, which were to be continued beyond that date until an assessment could be carried out for permanent partial disability benefits. On January 17, 1991, Ms. Laseur attended for an estimation of her permanent medical impairment. The medical services administrator noted that "[t]his is basically a chronic pain problem, perhaps even a chronic pain syndrome although she seems to be a very pleasant individual with not the usual features of this type of problem. However, there is no organic evidence to justify a PMI as far as I can tell based on the examination done today." A permanent partial disability award was denied.

9
Madame Laseur a continué de réclamer une indemnité pour accident du travail et est retournée travailler à temps partiel le 23 février 1990. Dans un rapport sommaire daté du 21 février 1990, la commission a noté que l'appelante [TRADUCTION] « semblait avoir développé le profil habituel de la personne souffrant de douleur chronique » et a estimé qu'« aucun symptôme objectif ne justifiait de procéder à un examen d'incapacité permanente ». Madame Laseur a travaillé à temps partiel jusqu'au 10 avril 1990, date à laquelle elle a recommencé à travailler à temps plein à la demande de son employeur. Il en a alors résulté une aggravation de ses maux de dos. Elle a cessé de travailler le 18 avril, puis est brièvement retournée au travail, à temps partiel, jusqu'au 30 juillet. Par la suite, après avoir subi sans succès de nombreux traitements destinés à atténuer ses maux de dos, M^{me} Laseur a reçu de son médecin de famille l'ordre de cesser encore une fois de travailler.

10
Madame Laseur a interjeté appel devant la Workers' Compensation Appeals Board (« commission d'appel ») — maintenant Workers' Compensation Appeals Tribunal (« tribunal d'appel ») — contre la décision de la commission de cesser le versement des prestations pour incapacité temporaire. En octobre 1990, la commission lui a consenti d'autres prestations pour incapacité temporaire jusqu'au 30 juillet 1990, lesquelles continueraient d'être versées après cette date jusqu'à ce qu'il soit possible de procéder à une évaluation qui pourrait lui permettre de toucher des prestations pour incapacité partielle permanente. Le 17 janvier 1991, M^{me} Laseur a subi une évaluation de son incapacité permanente. L'administrateur des services médicaux a alors noté ceci : [TRADUCTION] « Il s'agit essentiellement d'un problème de douleur chronique, peut-être même du syndrome de la douleur chronique, bien qu'elle semble être une personne très charmante qui ne présente pas les caractéristiques habituellement associées à ce genre de problème. J'estime toutefois que l'examen effectué aujourd'hui n'a permis de déceler aucune trace de lésion organique étayant l'existence d'une incapacité permanente. » L'indemnisation pour incapacité partielle permanente a été refusée.

11 After being denied accommodation by her employer and permanent benefits by the Board, Ms. Laseur resigned from her position. She took courses in accounting and business computer programming, which she self-financed, notably by borrowing money from her mother-in-law. She did well and, upon graduating from her last course in 1994, found employment with a software firm in Edmonton. As she continued to suffer from chronic back pain, her work schedule was modified and she was allowed occasionally to work from home. She continued to pursue her claim in Nova Scotia for permanent partial disability benefits retroactive to January 1991. On August 12, 1994, after further medical reports, a case manager determined that Ms. Laseur was not entitled to such benefits or to vocational rehabilitation assistance. The case manager stated that “she probably has a full blown chronic pain syndrome, which is a non-compensable condition and is well known to be virtually totally related to psychosocial factors”. This decision was affirmed by a review officer on March 21, 1996, and by a hearing officer on November 19, 1996.

12 Ms. Laseur appealed the Board’s decision to the Appeals Tribunal on the ground that portions of s. 10B of the Act, which prevents chronic pain sufferers from obtaining workers’ compensation benefits, infringed s. 15 of the *Charter*. The Appeals Tribunal allowed the appeal in part, but held that, even disregarding the effect of s. 10B of the Act, Ms. Laseur was not entitled to permanent impairment benefits or vocational rehabilitation assistance. The Board appealed the Appeals Tribunal’s *Charter* conclusions, and Ms. Laseur cross-appealed the refusal to award benefits. The Nova Scotia Court of Appeal allowed the Board’s appeal and dismissed Ms. Laseur’s cross-appeal.

Après s’être vu refuser des mesures d’adaptation par son employeur et des prestations pour incapacité permanente par la commission, M^{me} Laseur a démissionné de son poste. Elle a suivi des cours de comptabilité et de programmation d’ordinateurs de gestion, qu’elle a financés elle-même au moyen notamment d’un prêt consenti par sa belle-mère. Elle a bien réussi et, après avoir terminé son dernier cours en 1994, elle a décroché un emploi chez un fabricant de logiciels à Edmonton. Comme elle souffrait toujours de maux de dos chroniques, son horaire de travail a été modifié et elle a parfois été autorisée à travailler à la maison. Elle a continué de réclamer, en Nouvelle-Écosse, une indemnité pour incapacité partielle permanente, rétroactive au mois de janvier 1991. Le 12 août 1994, à la suite d’autres rapports médicaux, un gestionnaire de cas a décidé que M^{me} Laseur n’avait droit ni à ces prestations ni à une aide sous forme de réadaptation professionnelle. Il a précisé qu’[TRADUCTION] « elle est probablement atteinte du syndrome clinique de la douleur chronique, un état qui ne donne pas ouverture à indemnisation et qui est bien connu comme étant lié en quasi-totalité à des facteurs psychosociaux ». Cette décision a été confirmée par un agent de révision le 21 mars 1996, et par un agent enquêteur le 19 novembre suivant.

Madame Laseur a interjeté appel contre la décision de la commission devant le tribunal d’appel en faisant valoir que les parties de l’art. 10B de la Loi, qui empêchent les personnes souffrant de douleur chronique de toucher une indemnité pour accident du travail, violaient l’art. 15 de la *Charte*. Le tribunal d’appel a accueilli en partie l’appel, mais a décidé que, même indépendamment de l’effet de l’art. 10B de la Loi, M^{me} Laseur n’avait droit ni à des prestations pour incapacité permanente ni à une aide sous forme de réadaptation professionnelle. La commission a interjeté appel contre les conclusions du tribunal d’appel relatives à la *Charte*, et M^{me} Laseur a interjeté un appel incident contre le refus de lui accorder des prestations. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l’appel de la commission et a rejeté l’appel incident de M^{me} Laseur.

B. *The Martin Appeal*

The appellant Donald Martin worked as a foreman at Suzuki Dartmouth. On February 6, 1996, he lifted a tow dolly and towed it backward about 15 feet. He experienced a sudden and severe pain in his lumbar spine and, although he remained at work that day, he later visited his family physician, who on February 8 diagnosed a lumbar sprain. In the following months, Mr. Martin returned to work several times, but recurring pain required him to stop. He attended a work conditioning and hardening program. During this period, the Board provided him with temporary disability benefits and rehabilitation services. However, his temporary benefits were discontinued on August 6, 1996. Mr. Martin sought review of this decision, but his claim was denied. The review officer noted that there was no demonstrated pathology to support Mr. Martin's complaint of pain, that he was developing early signs of chronic pain and that under the FRP Regulations, chronic pain is generally excluded from the operation of the Act. A further appeal to a hearing officer was also denied.

Mr. Martin appealed the Board's decision to the Appeals Tribunal on the ground that the FRP Regulations and s. 10B(c) of the Act infringed s. 15 of the *Charter*. The Board challenged the Appeal Tribunal's jurisdiction to hear the *Charter* argument. The Appeals Tribunal affirmed its jurisdiction to apply the *Charter* and allowed the appeal on the merits, holding that the FRP Regulations and s. 10B(c) of the Act violated s. 15 of the *Charter* and that these violations are not justified under s. 1. Mr. Martin was awarded temporary benefits from August 6 to October 15, 1996. The Board appealed the Appeals Tribunal's *Charter* conclusions, and Mr. Martin cross-appealed the cut-off of benefits as of October 15, 1996. The Nova Scotia Court of Appeal allowed the Board's appeal and dismissed Mr. Martin's cross-appeal.

B. *Le pourvoi Martin*

L'appelant Donald Martin occupait le poste de contremaître chez Suzuki Dartmouth. Le 6 février 1996, il a soulevé un chariot de remorquage et l'a tiré à reculons sur une distance d'environ 15 pieds. Il a soudainement ressenti une douleur aiguë à la colonne lombaire, mais est resté au travail ce jour-là. Il s'est, par la suite, rendu chez son médecin de famille qui, le 8 février, a diagnostiqué une entorse lombaire. Au cours des mois suivants, M. Martin est retourné au travail à maintes reprises, mais il a dû cesser de travailler à cause d'une douleur récurrente. Il a suivi un programme de conditionnement au travail et de renforcement. Pendant cette période, la commission lui a versé des prestations pour incapacité temporaire en plus de lui offrir des services de réadaptation. Elle a toutefois cessé de lui verser les prestations le 6 août 1996. Monsieur Martin a demandé la révision de cette décision, ce qui lui a été refusé. L'agent de révision a noté qu'aucune pathologie manifeste n'expliquait la douleur dont se plaignait M. Martin, que ce dernier présentait des signes avant-coureurs de la douleur chronique et que le Règlement excluait, de manière générale, la douleur chronique du champ d'application de la Loi. Un autre appel interjeté devant un agent enquêteur a également été rejeté.

Monsieur Martin a interjeté appel contre la décision de la commission devant le tribunal d'appel, en faisant valoir que le Règlement et l'al. 10Bc) de la Loi violaient l'art. 15 de la *Charte*. La commission a contesté la compétence du tribunal d'appel pour entendre l'argument fondé sur la *Charte*. Le tribunal d'appel a confirmé qu'il avait compétence pour appliquer la *Charte* et il a accueilli l'appel au fond, décidant que le Règlement et l'al. 10Bc) de la Loi violaient l'art. 15 de la *Charte* et que ces violations n'étaient pas justifiées au regard de l'article premier. Monsieur Martin s'est vu accorder des prestations temporaires pour la période du 6 août au 15 octobre 1996. La commission a interjeté appel contre les conclusions du tribunal d'appel relatives à la *Charte*, et M. Martin a interjeté un appel incident contre la cessation du versement des prestations prévue pour le 15 octobre 1996. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel de la commission et rejeté l'appel incident de M. Martin.

III. Judgments Below

A. *Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal*

15 In its preliminary decision on jurisdiction in the *Martin* appeal, rendered on August 27, 1999, the Appeals Tribunal held that it had jurisdiction to make determinations of all questions of law, including whether the Act or the FRP Regulations violated the *Charter*. It did so on the basis of s. 185(1) of the Act, which granted the Board “exclusive jurisdiction to inquire into, hear and determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part”, “[s]ubject to the rights of appeal provided in this Act” and of s. 243, which provided a right of appeal from the Board to the Appeals Tribunal. The Appeals Tribunal applied this decision in the *Laseur* appeal.

16 In the *Martin* appeal, decided on January 31, 2000, the Appeals Tribunal concluded that the FRP Regulations violated s. 15(1) of the *Charter*. It found that workers suffering from chronic pain were subjected to differential treatment, in that the benefits to which they were entitled were significantly restricted and their cases were not determined having regard to their individual circumstances. The Appeals Tribunal also found that such differential treatment was founded on disability caused by chronic pain, and that that disability constitutes either a physical or a mental disability under s. 15(1). Finally, it held that the operation of the FRP Regulations was discriminatory in that it stereotyped workers with chronic pain and determined their cases without reference to their individual circumstances, thus impacting their dignity by implying that their claims were less valid than those of injured workers without chronic pain.

17 The Appeals Tribunal further found that this infringement was not justified under s. 15(2) or s. 1 of the *Charter*. In its view, the blanket exclusion of chronic pain from the operation of the Act illustrated that the objective of the FRP Regulations was not to ameliorate the condition of workers affected

III. Les jugements

A. *Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse*

Dans la décision préliminaire qu’il a rendue au sujet de sa compétence dans l’appel *Martin*, le 27 août 1999, le tribunal d’appel a décidé qu’il pouvait trancher toute question de droit, y compris celle de savoir si la Loi ou le Règlement violait la *Charte*. Pour ce faire, il s’est fondé sur le par. 185(1) de la Loi, qui accorde à la commission la [TRADUCTION] « compétence exclusive pour trancher, après examen et audition, toute question de droit ou de fait découlant de l’application de la présente partie » « [s]ous réserve des droits d’appel prévus dans la présente loi », et sur l’art. 243 qui accorde le droit d’interjeter appel devant lui contre une décision de la commission. Le tribunal d’appel a appliqué cette décision dans l’appel *Laseur*.

Dans le dossier *Martin*, le tribunal d’appel a conclu, le 31 janvier 2000, que le Règlement violait le par. 15(1) de la *Charte*. Il a estimé qu’un traitement différent était réservé aux travailleurs souffrant de douleur chronique, du fait que les avantages auxquels ils avaient droit étaient très limités et précis et que leurs demandes n’étaient pas réglées eu égard à la situation de chacun. Il a aussi conclu que cette différence de traitement était fondée sur une incapacité due à la douleur chronique, et que cette incapacité constituait une déficience soit physique soit mentale au sens du par. 15(1). Enfin, il a jugé que le Règlement était discriminatoire parce qu’il établissait un stéréotype à l’endroit des travailleurs souffrant de douleur chronique et permettait de se prononcer sur leurs demandes sans tenir compte de la situation de chacun, ce qui portait atteinte à leur dignité en laissant entendre que leurs demandes étaient moins valables que celles des autres accidentés du travail qui ne souffrent pas de douleur chronique.

Le tribunal d’appel a, en outre, statué que cette atteinte n’était pas justifiée au regard du par. 15(2) ou de l’article premier de la *Charte*. Selon lui, l’exclusion générale de la douleur chronique du champ d’application de la Loi montrait que le Règlement visait non pas à améliorer la situation des travailleurs

by chronic pain, but rather to provide them with very limited, structured benefits. Turning to s. 1, the Appeals Tribunal found that the objective of the FRP Regulations was pressing and substantial, as they attempted to provide a compensation scheme to individuals whose disability presented a challenge to the normal system. The Appeals Tribunal found, however, that the FRP Regulations did not pass the minimal impairment test, as they effectively precluded chronic pain sufferers from receiving any benefits whatsoever in relation to the frequent permanency of their condition. For the same reasons, the Appeals Tribunal also found that s. 10B(c) of the Act was unconstitutional and that Mr. Martin was entitled to temporary loss of earnings benefits and medical aid up to October 15, 1996.

In the *Laseur* appeal, also decided on January 31, 2000, the Appeals Tribunal concluded, based on the reasons given in the *Martin* appeal, that s. 10A and s. 10B(b) and (c) of the Act also violated s. 15(1) of the *Charter* and were not saved by s. 15(2) or s. 1. Even ignoring these provisions, however, the Appeals Tribunal found that while Ms. Laseur suffered from chronic pain attributable to her work injury, her permanent medical impairment rating under the applicable guidelines was 0 percent, thus barring her from obtaining permanent impairment or vocational rehabilitation benefits. While the Appeals Tribunal recognized that this conclusion was inconsistent with its findings on the *Charter* issue, it held that, since the constitutionality of the guidelines had not been raised or argued, it lacked jurisdiction to decide the issue.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (2000), 192 D.L.R. (4th) 611, 2000 NSCA 126

1. Jurisdiction of the Appeals Tribunal to Apply the *Charter*

Cromwell J.A. found that the Appeals Tribunal did not have jurisdiction to consider the constitutional validity of the Act. He stated that the relevant inquiry was whether the legislature intended

souffrant de douleur chronique, mais plutôt à leur offrir des avantages très limités et précis. Au sujet de l'article premier, le tribunal d'appel a conclu que le Règlement visait un objectif urgent et réel en tentant d'établir un régime d'indemnisation destiné aux personnes souffrant d'une incapacité mettant à l'épreuve le régime normalement applicable. Toutefois, il a décidé que le Règlement ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale étant donné qu'en réalité il refusait aux personnes souffrant de douleur chronique tout avantage quel qu'il soit pour leur état souvent permanent. Pour les mêmes motifs, il a également jugé que l'al. 10Bc) de la Loi était inconstitutionnel et que M. Martin avait droit à des prestations temporaires de remplacement du revenu et à des soins médicaux jusqu'au 15 octobre 1996.

Dans le dossier *Laseur*, le tribunal d'appel a également conclu, le 31 janvier 2000, pour les mêmes motifs que dans le dossier *Martin*, que l'art. 10A et les al. 10Bb) et c) de la Loi violaient également le par. 15(1) de la *Charte* et n'étaient sauvegardés ni par le par. 15(2) ni par l'article premier. Le tribunal d'appel a toutefois décidé que, même abstraction faite de ces dispositions, en dépit du fait qu'elle souffrait de douleur chronique à la suite de l'accident du travail dont elle avait été victime, le taux d'incapacité médicale permanente de M^{me} Laseur était de 0 pour 100 selon les lignes directrices applicables, de sorte qu'elle n'avait droit ni à des prestations pour incapacité permanente ni à une aide sous forme de réadaptation professionnelle. Tout en reconnaissant que cette conclusion était incompatible avec celles qu'il avait tirées au sujet de la question relative à la *Charte*, le tribunal d'appel a conclu qu'il n'avait pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des lignes directrices étant donné que cette question n'avait été ni soulevée ni débattue.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (2000), 192 D.L.R. (4th) 611, 2000 NSCA 126

1. Compétence du tribunal d'appel pour appliquer la *Charte*

Le juge Cromwell a conclu que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour examiner la constitutionnalité de la Loi. Selon lui, il fallait se demander si le législateur avait eu l'intention d'habiliter ce

to confer on the tribunal the power to interpret and apply the *Charter*, an intention that should generally not be inferred from the tribunal's authority simply to interpret and apply its own enabling statute. What was needed, in his view, was a grant of authority to the tribunal to interpret or apply "any law necessary to [reaching] its findings", to address "general questions of law", or to "apply the law of the land to the disputes before them" (para. 93). In the absence of an express grant, one may be implied from the statutory scheme and the role of the tribunal. A key consideration is whether the tribunal performs an adjudicative function.

tribunal à interpréter et à appliquer la *Charte*, une intention qui ne doit généralement pas être inférée du pouvoir que le tribunal a d'interpréter et d'appliquer uniquement sa propre loi habilitante. À son avis, il aurait fallu que le tribunal ait été habilité à interpréter ou à appliquer [TRADUCTION] « toute règle de droit requise pour tirer ses conclusions », à examiner « des questions de droit générales » ou à « appliquer les lois du pays aux différends dont il est saisi » (par. 93). Lorsqu'elle n'est pas explicite, l'attribution de pouvoir peut se dégager du régime établi par la loi et du rôle du tribunal. Il est essentiel de savoir si le tribunal exerce une fonction juridictionnelle.

20 Turning to the applicable legislation, Cromwell J.A. stated, at para. 126, that "[t]he linchpin of the argument in favour of [the Appeals Tribunal]'s *Charter* jurisdiction is that it derives this authority by virtue of its appellate role in relation to the Board." Thus, it was necessary first to consider the authority of the Board to subject its enabling statute to *Charter* scrutiny. Cromwell J.A. held that, while s. 185 of the Act conferred on the Board jurisdiction to determine "all questions of fact and law arising pursuant to this Part", other factors indicated that the legislature did not intend it to decide fundamental constitutional issues. The Board was not an adjudicative body, hearing officers could not refuse to apply the Board's policies on grounds of inconsistency with the Act, and the Chair of the Board of Directors could postpone an appeal raising "an issue of law and general policy" for up to 12 months to allow the Board to exercise its policy-making power (s. 200(1)(a)). Thus, Cromwell J.A. concluded, the Board lacked the authority to refuse to apply a provision of the Act on *Charter* grounds.

À l'examen des dispositions législatives applicables, le juge Cromwell affirme, au par. 126, que [TRADUCTION] « [l]e principal argument favorable à la compétence [que le tribunal d'appel aurait] en matière de *Charte* est que cette compétence tient au rôle d'appel qu'il joue relativement aux décisions de la commission. » Il était donc nécessaire de commencer par décider si la commission pouvait soumettre sa loi habilitante à un examen fondé sur la *Charte*. Le juge Cromwell a conclu que, même si l'art. 185 de la Loi conférait à la commission le pouvoir de trancher [TRADUCTION] « toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie », d'autres facteurs indiquaient que le législateur n'a pas voulu qu'elle tranche des questions de droit constitutionnel fondamentales. La commission n'était pas un organisme juridictionnel, l'agent enquêteur ne pouvait pas refuser d'appliquer les politiques de la commission pour cause d'incompatibilité avec la Loi et le président du conseil d'administration pouvait reporter jusqu'à 12 mois l'audition d'un appel soulevant [TRADUCTION] « une question de droit et de politique générale », afin de permettre à la commission d'exercer son pouvoir d'établir des politiques (al. 200(1)a)). Le juge Cromwell a donc conclu que la commission ne pouvait pas refuser d'appliquer une disposition de la Loi pour des raisons liées à la *Charte*.

21 Cromwell J.A. found that, since the Appeals Tribunal's jurisdiction was to "confirm, vary or reverse" the decision of the Board, the latter's lack

Le juge Cromwell a conclu qu'étant donné que le tribunal d'appel avait compétence pour [TRADUCTION] « confirmer, modifier ou infirmer »

of jurisdiction to apply the *Charter* destroyed the underpinning of the submission that the former was empowered to do so. In addition, even though the Appeals Tribunal, unlike the Board, was an adjudicative body, there were clear indications of its lack of jurisdiction to apply the *Charter*. It had no express grant of authority to decide general questions of law, but merely to interpret and apply the Act itself; it was not an expert tribunal, since it did not exercise policy-making functions; its members (apart from the Chief Appeal Commissioner) were not required to be members of the bar; and it was required to decide appeals within 60 days, in brief written reasons. Moreover, the Chair could refer “an issue of law and general policy” arising on an appeal to the Board of Directors. Finally, allowing the Appeals Tribunal to decide constitutional questions could increase its workload and cause delays which parties to other cases would have to bear. This would contradict the objective of eliminating the previous backlog of cases, the objective propelling the 1999 chronic pain amendments.

2. Section 15(1) of the *Charter*

Cromwell J.A. first noted that prior to the enactment of the challenged provisions, claims based on chronic pain were problematic under the Act. This had been due to the difficulties in establishing causality, the absence of ascertainable organic cause or objective findings and the lack of response to traditional treatment. To respond to these problems, the legislature enacted the challenged provisions, which “may be taken as a legislative judgment . . . that for workers’ compensation purposes, the loss of earnings or permanent impairment flowing from chronic pain are not reasonably attributed to the injury” (para. 181). Turning to the formal s. 15(1) analysis, Cromwell J.A. held that in each case, the appropriate comparison was between workers subject to the Act who have chronic pain and have suffered functional limitation, wage loss or permanent

la décision de la commission, le fait que cette dernière n’ait pas compétence pour appliquer la *Charte* minait l’argument selon lequel le tribunal d’appel était habilité à le faire. De plus, même si, contrairement à la commission, le tribunal d’appel était un organisme juridictionnel, il apparaissait clairement qu’il n’avait pas compétence pour appliquer la *Charte*. Dépourvu du pouvoir explicite de trancher des questions de droit générales, il était seulement habilité à interpréter et à appliquer la Loi elle-même; il n’était pas un tribunal spécialisé étant donné qu’il n’exerçait pas des fonctions d’établissement de politiques; ses membres (à l’exception du commissaire d’appel en chef) n’étaient pas tenus d’être avocats; il devait également trancher les appels dans les 60 jours et dans de brefs motifs écrits. De plus, le président pouvait renvoyer au conseil d’administration [TRADUCTION] « une question de droit et de politique générale » soulevée dans un appel. Enfin, autoriser le tribunal d’appel à trancher des questions de droit constitutionnel pourrait accroître sa charge de travail et occasionner des retards aux parties à d’autres affaires. Cela irait à l’encontre de l’objectif d’éliminer l’arriéré de dossiers, qui sous-tend les modifications de 1999 portant sur la douleur chronique.

2. Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

Le juge Cromwell a d’abord fait observer qu’avant l’adoption des dispositions contestées les demandes fondées sur la douleur chronique posaient un problème en matière d’application de la Loi. Ce problème était dû à la difficulté d’établir un lien de causalité, à l’absence d’une cause organique véritable ou de symptômes objectifs et à l’inefficacité des traitements traditionnels. Afin de remédier à cette situation, le législateur a adopté les dispositions contestées qui [TRADUCTION] « peuvent être interprétées comme reflétant [son] opinion [. . .] qu’aux fins d’indemnisation des travailleurs il n’est pas raisonnable d’imputer à la lésion subie la perte de revenu ou l’incapacité permanente due à la douleur chronique » (par. 181). En ce qui concerne l’analyse proprement dite fondée sur le par. 15(1), le juge Cromwell a décidé qu’il convenait, dans chaque cas, d’établir

impairment and workers subject to the Act who do not have chronic pain and have suffered functional limitation, wage loss or permanent impairment.

23

Cromwell J.A. went on to find that there was clear differential treatment in Mr. Martin's case. Since Ms. Laseur would not have been entitled to benefits under the guidelines even without the challenged provisions, Cromwell J.A. held that the differential treatment in her case consisted of denial of access to the general scheme of benefits under the Act: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. He further found that the differential treatment of the respondents was based on the enumerated ground of "physical or mental disability". Even though injured workers without chronic pain also suffered from disabilities, differential treatment could exist even where the appropriate comparator group consists of persons who are also described by the same enumerated ground: *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28.

24

Turning to the substantive discrimination analysis, Cromwell J.A. first held that nothing in the record indicated that chronic pain sufferers have been victims of historical disadvantage or stereotyping distinct from that experienced by other disabled workers seeking compensation. As to the relationship between the benefits, the claimants' circumstances and the ameliorative purpose of the impugned law, he found that in the context of a large-scale no-fault compensation scheme, it would be unrealistic to insist upon perfect correspondence. The scheme as a whole had an ameliorative purpose; the question was whether the limitations on recovery were premised on a misunderstanding of the claimants' actual needs, capacities and circum-

une comparaison entre les travailleurs assujettis à la Loi qui souffrent de douleur chronique et d'une limitation fonctionnelle ou d'une incapacité permanente ou qui ont subi une perte de revenu, et les travailleurs assujettis à la Loi qui ne souffrent pas de douleur chronique et qui souffrent d'une limitation fonctionnelle ou d'une incapacité permanente ou qui ont subi une perte de revenu.

Le juge Cromwell a ajouté qu'il y avait clairement une différence de traitement dans le cas de M. Martin. Il a estimé que, dans le cas de M^{me} Laseur, la différence de traitement résidait dans le refus de lui donner accès au régime général d'avantages prévu par la Loi puisque, même en l'absence des dispositions contestées, celle-ci n'aurait pas eu droit à des prestations d'après les lignes directrices : *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Il a, en outre, conclu que le traitement différent réservé aux intimés était fondé sur le motif énuméré de la « déficience physique ou mentale ». Même si les accidentés du travail qui ne souffraient pas de douleur chronique étaient aussi atteints d'une incapacité, il pouvait y avoir différence de traitement peu importe que le groupe de comparaison approprié ait compris des personnes également visées par le même motif énuméré : *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28.

Au sujet de la question de la discrimination réelle, le juge Cromwell a d'abord conclu que rien au dossier n'indiquait que les personnes souffrant de douleur chronique ont, de tout temps, été l'objet d'un désavantage ou de stéréotypes différents de ceux dont ont été l'objet d'autres accidentés du travail atteints d'une incapacité qui sollicitaient une indemnité. Quant au lien entre les avantages offerts, la situation des demandeurs et l'objectif d'amélioration de la loi contestée, il a décidé que, dans un régime général d'indemnisation sans égard à la faute, il serait irréaliste d'exiger une correspondance parfaite. Dans son ensemble, le régime visait un objectif d'amélioration; la question était de savoir si la limitation de l'indemnisation découlait

stances. He found that chronic pain was a complex of physical, psychological, emotional, social and cultural factors, and the chronic pain provisions in issue attempted to respond to this reality by providing short-term benefits in the form of participation in the Functional Restoration Program and encouraging early return to work by denying further benefits. Although the need to contain costs and to bring consistency to the large number of claims before the Board also motivated the enactment, this did not negate its ameliorative effects. Cromwell J.A. also found the interest affected by the denial of benefits to be merely economic in nature.

Based on these findings, he concluded that the chronic pain provisions did not demean the human dignity of the claimants and thus did not violate s. 15(1). Consequently, it was not necessary to address arguments relating to s. 15(2) or s. 1.

IV. Issues

Does the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal have the authority to refuse to apply, on *Charter* grounds, benefits provisions of its enabling statute?

In addition, the following constitutional questions have been stated by this Court:

1. Do s. 10B of the *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, as amended, and the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question # 1 is yes, does such infringement constitute a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

d'une mauvaise compréhension des besoins, des capacités et de la situation véritables des demandeurs. Selon lui, la douleur chronique était liée à un ensemble de facteurs physiques, psychologiques, émotionnels, sociaux et culturels, et les dispositions relatives à cette douleur qui étaient contestées tentaient de tenir compte de cette réalité en offrant des avantages à court terme sous forme de participation au programme de rétablissement fonctionnel et en favorisant le retour rapide au travail par le refus de tout autre avantage. En dépit du fait que leur adoption était également motivée par la nécessité de restreindre les coûts et d'assurer l'uniformité du traitement du grand nombre de demandes présentées à la commission, les dispositions en cause ne perdaient pas pour autant leur effet améliorateur. Le juge Cromwell a également estimé que les intérêts touchés par le refus de verser des prestations étaient purement économiques.

Compte tenu de ces conclusions, il a décidé que les dispositions relatives à la douleur chronique ne portaient pas atteinte à la dignité des demandeurs et ne violaient donc pas le par. 15(1). Par conséquent, il n'était pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur le par. 15(2) ou l'article premier.

IV. Questions en litige

Le Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse peut-il, pour des motifs liés à la *Charte*, refuser d'appliquer les dispositions de sa loi habilitante prévoyant le versement de prestations?

De plus, notre Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 10B de la *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, dans sa version modifiée, et le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, portent-ils atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

25

26

V. Analysis

A. *Jurisdiction of the Appeals Tribunal to Apply the Charter*

1. The Policy Adopted by This Court in the Trilogy

27 This Court has examined the jurisdiction of administrative tribunals to consider the constitutional validity of a provision of their enabling statute in *Douglas College, supra, Cuddy Chicks, supra, and Tétreault-Gadoury, supra* (together, the “trilogy”). On each occasion, the Court emphasized the strong reasons, of principle as well as policy, for allowing administrative tribunals to make such determinations and to refuse to apply a challenged provision found to violate the Constitution.

28 First, and most importantly, the Constitution is, under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, “the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. The invalidity of a legislative provision inconsistent with the *Charter* does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1). Thus, in principle, such a provision is invalid from the moment it is enacted, and a judicial declaration to this effect is but one remedy amongst others to protect those whom it adversely affects. In that sense, by virtue of s. 52(1), the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. Courts may not apply invalid laws, and the same obligation applies to every level and branch of government, including the administrative organs of the state. Obviously, it cannot be the case that every government official has to consider and decide for herself the constitutional validity of every provision she is called upon to apply. If, however, she is endowed with the power to consider questions of law relating to a provision, that power will normally extend to assessing the constitutional validity of that provision. This is because the consistency of a provision with the Constitution is a question of law arising under that provision. It is, indeed, the most fundamental question of law one could conceive, as it will determine

V. Analyse

A. *Compétence du tribunal d’appel pour appliquer la Charte*

1. La politique adoptée par notre Cour dans la trilogie

Dans les arrêts *Douglas College, Cuddy Chicks* et *Tétreault-Gadoury*, précités (la « trilogie »), notre Cour a examiné la question de la compétence d’un tribunal administratif pour décider de la constitutionnalité d’une disposition de sa loi habilitante. Dans chaque cas, elle a fait ressortir les raisons sérieuses, tant sur le plan des principes que sur celui de la politique générale, de permettre aux tribunaux administratifs de se prononcer à ce sujet et de refuser d’appliquer une disposition contestée qui a été jugée inconstitutionnelle.

Premièrement — ce qui est le plus important —, la Constitution est, aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, « la loi suprême du Canada » et « elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». L’invalidité d’une disposition législative incompatible avec la *Charte* découle non pas d’une déclaration d’inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l’application du par. 52(1). Donc, en principe, une telle disposition est invalide dès son adoption, et l’obtention d’un jugement déclaratoire à cet effet n’est qu’un moyen parmi d’autres de protéger ceux et celles qui en souffrent préjudice. En ce sens, la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1). Les tribunaux judiciaires ne doivent pas appliquer des règles de droit invalides, et il en va de même pour tout niveau ou organe de gouvernement, y compris un organisme administratif de l’État. De toute évidence, un fonctionnaire ne saurait être tenu de s’interroger et de se prononcer sur la constitutionnalité de chaque disposition qu’il est appelé à appliquer. Toutefois, s’il est investi du pouvoir d’examiner les questions de droit liées à une disposition, ce pouvoir englobe habituellement celui d’évaluer la constitutionnalité de cette disposition. Cela s’explique par le fait que la compatibilité d’une disposition avec la Constitution est une question de droit découlant de l’application de cette disposition. À vrai dire, il n’y

whether the enactment is in fact valid law, and thus whether it ought to be interpreted and applied as such or disregarded.

From this principle of constitutional supremacy also flows, as a practical corollary, the idea that Canadians should be entitled to assert the rights and freedoms that the Constitution guarantees them in the most accessible forum available, without the need for parallel proceedings before the courts: see *Douglas College, supra*, at pp. 603-4. In La Forest J.'s words, "there cannot be a Constitution for arbitrators and another for the courts" (*Douglas College, supra*, at p. 597). This accessibility concern is particularly pressing given that many administrative tribunals have exclusive initial jurisdiction over disputes relating to their enabling legislation, so that forcing litigants to refer *Charter* issues to the courts would result in costly and time-consuming bifurcation of proceedings. As McLachlin J. (as she then was) stated in her dissent in *Cooper, supra*, at para. 70:

The *Charter* is not some holy grail which only judicial initiates of the superior courts may touch. The *Charter* belongs to the people. All law and law-makers that touch the people must conform to it. Tribunals and commissions charged with deciding legal issues are no exception. Many more citizens have their rights determined by these tribunals than by the courts. If the *Charter* is to be meaningful to ordinary people, then it must find its expression in the decisions of these tribunals.

Similar views had been expressed by the majority in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929.

Second, *Charter* disputes do not take place in a vacuum. They require a thorough understanding of the objectives of the legislative scheme being challenged, as well as of the practical constraints it faces and the consequences of proposed constitutional remedies. This need is heightened when, as is often

a pas de question de droit plus fondamentale puisqu'elle permet de déterminer si, dans les faits, la disposition est valide et, par conséquent, si elle doit être interprétée et appliquée, ou s'il y a lieu de ne pas en tenir compte.

Il découle, en pratique, de ce principe de la suprématie de la Constitution que les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles : voir *Douglas College*, précité, p. 603-604. Pour reprendre les propos du juge La Forest, « il ne peut y avoir une Constitution pour les arbitres et une autre pour les tribunaux » (*Douglas College*, précité, p. 597). Ce souci d'accessibilité est d'autant plus pressant qu'au départ bon nombre de tribunaux administratifs ont compétence exclusive pour trancher les différends relatifs à leur loi habilitante, de sorte qu'obliger les parties à ces différends à saisir une cour de justice de toute question liée à la *Charte* leur imposerait un long et coûteux détour. Comme la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) l'a affirmé dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Cooper*, précité, par. 70 :

La *Charte* n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder. C'est un document qui appartient aux citoyens, et les lois ayant des effets sur les citoyens ainsi que les législateurs qui les adoptent doivent s'y conformer. Les tribunaux administratifs et les commissions qui ont pour tâche de trancher des questions juridiques ne sont pas soustraits à cette règle. Ces organismes déterminent les droits de beaucoup plus de justiciables que les cours de justice. Pour que les citoyens ordinaires voient un sens à la *Charte*, il faut donc que les tribunaux administratifs en tiennent compte dans leurs décisions.

Dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, les juges majoritaires ont exprimé des points de vue semblables.

Deuxièmement, un différend relatif à la *Charte* ne survient pas en l'absence de tout contexte. Son règlement exige une connaissance approfondie des objectifs du régime législatif contesté, ainsi que des contraintes pratiques liées à son application et des conséquences de la réparation constitutionnelle

the case, it becomes necessary to determine whether a *prima facie* violation of a *Charter* right is justified under s. 1. In this respect, the factual findings and record compiled by an administrative tribunal, as well as its informed and expert view of the various issues raised by a constitutional challenge, will often be invaluable to a reviewing court: see *Douglas College*, *supra*, at pp. 604-5. As La Forest J. correctly observed in *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 16-17:

It must be emphasized that the process of *Charter* decision making is not confined to abstract ruminations on constitutional theory. In the case of *Charter* matters which arise in a particular regulatory context, the ability of the decision maker to analyze competing policy concerns is critical. . . . The informed view of the Board, as manifested in a sensitivity to relevant facts and an ability to compile a cogent record, is also of invaluable assistance.

31

Third, administrative tribunal decisions based on the *Charter* are subject to judicial review on a correctness standard: see *Cuddy Chicks*, *supra*, at p. 17. An error of law by an administrative tribunal interpreting the Constitution can always be reviewed fully by a superior court. In addition, the constitutional remedies available to administrative tribunals are limited and do not include general declarations of invalidity. A determination by a tribunal that a provision of its enabling statute is invalid pursuant to the *Charter* is not binding on future decision makers, within or outside the tribunal's administrative scheme. Only by obtaining a formal declaration of invalidity by a court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases. Therefore, allowing administrative tribunals to decide *Charter* issues does not undermine the role of the courts as final arbiters of constitutionality in Canada.

proposée. Cela est d'autant plus vrai lorsque, comme c'est souvent le cas, il devient nécessaire de décider si l'atteinte *prima facie* à un droit garanti par la *Charte* est justifiée au sens de l'article premier. À cet égard, les conclusions de fait d'un tribunal administratif et le dossier qu'il établit, de même que la perception éclairée qu'il a, à titre d'organisme spécialisé, des différentes questions que soulève une contestation constitutionnelle, seront souvent extrêmement utiles à la cour qui procède au contrôle judiciaire : voir *Douglas College*, précité, p. 604-605. Comme le juge La Forest l'a fait observer, à juste titre, dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, p. 16-17 :

Il faut souligner que le processus consistant à rendre des décisions à la lumière de la *Charte* ne se limite pas à des ruminations abstraites sur la théorie constitutionnelle. Lorsque des questions relatives à la *Charte* sont soulevées dans un contexte de réglementation donné, la capacité du décisionnaire d'analyser des considérations de principe opposées est fondamentale. [. . .] Le point de vue éclairé de la Commission, qui se traduit par l'attention qu'elle accorde aux faits pertinents et sa capacité de compiler un dossier convaincant, est aussi d'une aide inestimable.

Troisièmement, les décisions d'un tribunal administratif fondées sur la *Charte* sont assujetties au contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte : voir *Cuddy Chicks*, précité, p. 17. L'erreur de droit qu'un tribunal administratif commet en interprétant la Constitution peut toujours faire l'objet d'un contrôle complet par une cour supérieure. En outre, les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs sont limitées et n'incluent pas les déclarations générales d'invalidité. La décision d'un tribunal administratif qu'une disposition de sa loi habilitante est invalide au regard de la *Charte* ne lie pas les décideurs qui se prononceront ultérieurement dans le cadre ou en dehors du régime administratif de ce tribunal. Ce n'est qu'en obtenant d'une cour de justice une déclaration formelle d'invalidité qu'une partie peut établir, pour l'avenir, l'invalidité générale d'une disposition législative. En conséquence, permettre aux tribunaux administratifs de trancher des questions relatives à la *Charte* ne mine pas le rôle d'arbitre ultime que les cours de justice jouent en matière de constitutionnalité au Canada.

In *Douglas College, supra*, La Forest J. expressly considered and rejected several general arguments made against recognizing that administrative tribunals that have jurisdiction to decide questions of law possess a concomitant jurisdiction to apply the *Charter*. He noted that some authors had pointed to practical concerns with respect to the desirability of such adjudication, such as the lack of legal expertise of some administrative tribunals, the differences between their rules of procedure and evidence and those followed by courts, and the need to maintain the accessibility and timeliness of their procedures. Nevertheless, La Forest J. concluded, at p. 603, that these considerations, “though not without weight, should [not] dissuade this Court from adopting what has now become the clearly dominant view in the courts of this country”. Nor, in my view, should such practical considerations surreptitiously find their way back into the courts’ analysis of a particular tribunal’s jurisdiction despite a clear expression of legislative intent to endow it with authority to decide questions of law, including constitutional issues. I now turn to the rules governing this analysis.

2. The Applicable Law

In view of the policy considerations outlined above, this Court has adopted a general approach for the determination of whether a particular administrative tribunal or agency can decline to apply a provision of its enabling statute on the ground that the provision violates the *Charter*. This approach rests on the principle that, since administrative tribunals are creatures of Parliament and the legislatures, their jurisdiction must in every case “be found in a statute and must extend not only to the subject matter of the application and the parties, but also to the remedy sought”: *Douglas College, supra*, at p. 595; see also *Cuddy Chicks, supra*, at pp. 14-15. When a case brought before an administrative tribunal involves a challenge to the constitutionality of a provision of its enabling statute, the tribunal is asked to interpret the relevant *Charter* right, apply it to the impugned

Dans l’arrêt *Douglas College*, précité, le juge La Forest a expressément examiné et rejeté plusieurs arguments généraux défavorables à la reconnaissance pour les tribunaux administratifs d’une compétence pour appliquer la *Charte* concomitante à celle qui leur est attribuée pour trancher des questions de droit. Il a souligné que certains auteurs avaient évoqué des considérations pratiques relativement au caractère souhaitable d’une telle fonction juridictionnelle, dont l’absence d’expertise juridique de la part de certains tribunaux administratifs, les différences entre leurs règles de procédure et de preuve et celles des cours de justice, et la nécessité de maintenir leur accessibilité et leur célérité. Le juge La Forest a néanmoins conclu, à la p. 603, que ces considérations, « qui ont pourtant un certain poids, [ne] devraient [pas] dissuader notre Cour d’adopter ce qui est maintenant le courant clairement prédominant chez les tribunaux de notre pays ». À mon sens, les cours de justice ne doivent pas non plus permettre que ces considérations pratiques refassent subrepticement surface dans leur analyse de la compétence d’un tribunal administratif, malgré l’intention manifeste du législateur d’investir ce tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit, y compris des questions de droit constitutionnel. Je vais maintenant examiner les règles applicables à cette analyse.

2. Les règles de droit applicables

À la lumière des considérations de politique générale exposées précédemment, notre Cour a adopté une approche générale pour décider si un tribunal ou organisme administratif peut refuser d’appliquer une disposition de sa loi habilitante pour le motif qu’elle viole la *Charte*. Cette approche repose sur le principe selon lequel, étant donné que les tribunaux administratifs sont des créations du Parlement et des législatures, leur compétence doit toujours « se trouver dans une loi et [. . .] s’étendre non seulement à l’objet du litige et aux parties, mais également à la réparation demandée » (*Douglas College*, précité, p. 595; voir également *Cuddy Chicks*, précité, p. 14-15). Lorsqu’il est saisi d’une affaire où l’on conteste la constitutionnalité d’une disposition de sa loi habilitante, le tribunal administratif est appelé à interpréter le droit pertinent garanti par la *Charte*, à

provision, and if it finds a breach and concludes that the provision is not saved under s. 1, to disregard the provision on constitutional grounds and rule on the applicant's claim as if the impugned provision were not in force.

34

Since the subject matter and the remedy in such a case are premised on the application of the *Charter*, the question becomes whether the tribunal's mandate includes jurisdiction to rule on the constitutionality of the challenged provision: see *Douglas College, supra*, at p. 596; *Cuddy Chicks, supra*, at p. 15. This question is answered by applying a presumption, based on the principle of constitutional supremacy outlined above, that all legal decisions will take into account the supreme law of the land. Thus, as a rule, "an administrative tribunal which has been conferred the power to interpret law holds a concomitant power to determine whether that law is constitutionally valid": *Cuddy Chicks, supra*, at p. 13; or, as stated in *Cooper, supra*, at para. 46:

If a tribunal does have the power to consider questions of law, then it follows by the operation of s. 52(1) that it must be able to address constitutional issues, including the constitutional validity of its enabling statute.

While the general principles outlined above have been consistently reaffirmed by this Court and remain sound, their application has been fraught with difficulties, as evidenced by the disagreements that arose in *Cooper, supra*. I am of the view that it is now time to reappraise the case law and to provide a single set of rules concerning the jurisdiction of administrative tribunals to consider *Charter* challenges to a legislative provision.

35

In each case, the first question to be addressed is whether the administrative tribunal at issue has jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law arising under the challenged provision. While, as stated in the trilogy and *Cooper, supra*, this question is one of legislative intent, it is crucial that the relevant intent be clearly defined.

l'appliquer à la disposition contestée et, s'il conclut qu'il y a atteinte et que la disposition n'est pas sauvegardée au regard de l'article premier, à ne pas en tenir compte pour des motifs constitutionnels et à trancher la demande du requérant comme si la disposition n'était pas en vigueur.

Étant donné qu'en pareil cas l'objet du litige et la réparation demandée présupposent l'application de la *Charte*, la question qui se pose alors est de savoir si la mission du tribunal administratif inclut le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition contestée : voir *Douglas College, précité*, p. 596; *Cuddy Chicks, précité*, p. 15. Pour répondre à cette question, on recourt à la présomption, fondée sur le principe de la suprématie de la Constitution exposé plus haut, que toute décision portant sur une question de droit tient compte de la loi suprême du pays. Donc, en règle générale, « le tribunal administratif à qui l'on a conféré le pouvoir d'interpréter la loi a aussi le pouvoir concomitant de déterminer si la loi est constitutionnelle » (*Cuddy Chicks, précité*, p. 13), ou comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Cooper, précité*, par. 46 :

Si un tribunal administratif jouit du pouvoir d'examiner des questions de droit, il s'ensuit, par application du par. 52(1), qu'il peut se prononcer sur des questions constitutionnelles, dont celle de la constitutionnalité de sa loi habilitante.

Bien que les principes généraux susmentionnés aient constamment été repris par notre Cour et demeurent valables, leur application a posé des difficultés considérables, comme en font foi nos désaccords dans l'arrêt *Cooper, précité*. J'estime que le moment est venu de réévaluer la jurisprudence et d'établir un seul ensemble de règles concernant la compétence des tribunaux administratifs pour examiner les contestations d'une disposition législative fondées sur la *Charte*.

Dans chaque cas, il faut d'abord se demander si le tribunal administratif en cause a expressément ou implicitement compétence pour trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. Même s'il s'agit là d'une question d'intention du législateur, comme notre Cour l'a affirmé dans la trilogie et dans

The question is not whether Parliament or the legislature intended the tribunal to apply the *Charter*. As has often been pointed out, such an attribution of intent would be artificial, given that many of the relevant enabling provisions pre-date the *Charter*: see, e.g., A. J. Roman, “Case Comment: *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*” (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243, at p. 244; D. M. McAllister, “Administrative Tribunals and the *Charter*: A Tale of Form Conquering Substance”, in *L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism* (1993), 131, at p. 150. That attribution of intent would also be incompatible with the principle stated above that the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Therefore, in my view, to the extent that passages in the trilogy and *Cooper, supra*, suggest that the relevant legislative intention to be sought is one that the tribunal apply the *Charter* itself, those passages should be disregarded.

Rather, one must ask whether the empowering legislation implicitly or explicitly grants to the tribunal the jurisdiction to interpret or decide any question of law. If it does, then the tribunal will be presumed to have the concomitant jurisdiction to interpret or decide that question in light of the *Charter*, unless the legislator has removed that power from the tribunal. Thus, an administrative tribunal that has the power to decide questions of law arising under a particular legislative provision will be presumed to have the power to determine the constitutional validity of that provision. In other words, the power to decide a question of law is the power to decide by applying only valid laws.

Often the statute will expressly confer on the tribunal jurisdiction to decide certain questions of law. Thus, in *Cuddy Chicks, supra*, the Ontario *Labour Relations Act* granted the Labour Relations Board jurisdiction “to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it”. This

l’arrêt *Cooper*, précité, il est crucial que l’intention pertinente soit clairement définie. Il ne s’agit pas de savoir si le Parlement ou la législature a voulu que le tribunal administratif applique la *Charte*. Comme on l’a souvent fait remarquer, l’attribution d’une telle intention serait artificielle étant donné que bon nombre des dispositions habilitantes pertinentes sont antérieures à la *Charte* : voir, par exemple, A. J. Roman, « Case Comment : *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)* » (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243, p. 244; D. M. McAllister, « Administrative Tribunals and the *Charter* : A Tale of Form Conquering Substance », dans *L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law : Principles, Practice and Pluralism* (1993), 131, p. 150. L’attribution d’une telle intention serait également incompatible avec le principe, énoncé précédemment, selon lequel la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. J’estime donc que, dans la mesure où ils indiquent qu’il faut rechercher l’intention du législateur que le tribunal administratif applique la *Charte* elle-même, il ne faut pas tenir compte des passages de la trilogie et de l’arrêt *Cooper*, précité.

Il faut plutôt se demander si la loi habilitante accorde implicitement ou expressément au tribunal administratif le pouvoir d’examiner et de trancher toute question de droit. Dans l’affirmative, le tribunal sera présumé avoir le pouvoir concomitant d’examiner et de trancher cette question à la lumière de la *Charte*, à moins que le législateur lui ait retiré ce pouvoir. Ainsi, le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l’application d’une disposition législative particulière sera présumé avoir le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition. En d’autres termes, le pouvoir de trancher une question de droit s’entend du pouvoir de la trancher en n’appliquant que des règles de droit valides.

Souvent, la loi habilite expressément le tribunal administratif à trancher certaines questions de droit. Ainsi, dans l’arrêt *Cuddy Chicks*, précité, la *Loi sur les relations de travail* de l’Ontario accordait à la Commission des relations de travail le pouvoir de « trancher toutes les questions de fait ou de

provision was held to provide a clear jurisdictional basis for the Labour Relations Board to consider the constitutional validity of a provision of the *Labour Relations Act* excluding agricultural employees from its purview. Yet, while obviously adequate, such a broad grant of jurisdiction is not necessary to confer on an administrative tribunal the power to apply the *Charter*. It suffices that the legislator endow the tribunal with power to decide questions of law arising under the challenged provision, and that the constitutional question relate to that provision.

38 This nuance was sometimes overlooked in the trilogy. Thus, in *Douglas College, supra*, La Forest J. held that an arbitration board had jurisdiction to apply the *Charter* to a provision in the collective agreement that the board was empowered to interpret and apply. While that conclusion was certainly correct, courts should use some care in relying on the reasoning used to support it. The British Columbia *Labour Code* provided that the arbitration board had authority to “interpret and apply any Act intended to regulate the employment relationship of the persons bound by a collective agreement”. La Forest J. found that the *Charter* was intended to be included within the meaning of the term “Act” in that section. With respect, I believe the better view is that, since the board had undisputed jurisdiction to decide questions of law arising under the collective agreement, and the agreement constituted “law” within the meaning of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the board could consider the constitutional validity of the agreement’s provisions. This conclusion would have been true regardless of whether the *Charter* is truly an “Act intended to regulate the employment relationship of the persons bound by a collective agreement”.

39 In other words, the relevant question in each case is not whether the terms of the express grant of jurisdiction are sufficiently broad to encompass the *Charter* itself, but rather whether the express grant

droit soulevées à l’occasion d’une affaire qui lui est soumise ». La Cour a conclu que cette disposition habilitait clairement la Commission des relations de travail à se prononcer sur la constitutionnalité d’une disposition de la *Loi sur les relations du travail* qui excluait les ouvriers agricoles de son champ d’application. Pourtant, il n’est pas nécessaire — quoiqu’il convienne manifestement de le faire — d’attribuer une compétence aussi large pour qu’un tribunal administratif puisse appliquer la *Charte*. Il suffit que le législateur habilite le tribunal à trancher les questions de droit découlant de l’application de la disposition contestée et que la question de droit constitutionnel soulevée ait trait à cette disposition.

Cette nuance a parfois été passée sous silence dans la trilogie. Ainsi, dans l’arrêt *Douglas College*, précité, le juge La Forest a statué qu’un conseil d’arbitrage avait compétence pour appliquer la *Charte* à une disposition de la convention collective qu’il était habilité à interpréter et à appliquer. Bien que cette conclusion soit certes juste, les tribunaux doivent faire montre de prudence en se fondant sur le raisonnement qui l’étaye. Le *Labour Code* de la Colombie-Britannique prévoyait que le conseil d’arbitrage pouvait [TRADUCTION] « interpréter et appliquer toute loi visant à régir les relations de travail des personnes liées par une convention collective ». Le juge La Forest a conclu que le mot « loi » employé dans cette disposition était censé comprendre la *Charte*. En toute déférence, étant donné que le conseil avait incontestablement le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l’application de la convention collective et que cette dernière constituait une « règle de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je crois qu’il vaut mieux considérer que le conseil pouvait examiner la constitutionnalité des dispositions de la convention collective. Cette conclusion aurait été exacte peu importe la question de savoir si la *Charte* est vraiment une « loi visant à régir les relations de travail des personnes liées par une convention collective ».

Autrement dit, la question qu’il faut se poser dans chaque cas n’est pas de savoir si l’attribution expresse de compétence est formulée dans des termes assez généraux pour englober la *Charte*

of jurisdiction confers upon the tribunal the power to decide questions of law arising under the challenged provision, in which case the tribunal will be presumed to have jurisdiction to decide the constitutional validity of that provision. The *Charter* is not invoked as a separate subject matter; rather, it is a controlling norm in decisions over matters within the tribunal's jurisdiction.

In cases where the empowering legislation contains an express grant of jurisdiction to decide questions of law, there is no need to go beyond the language of the statute. An express grant of authority to consider or decide questions of law arising under a legislative provision is presumed to extend to determining the constitutional validity of that provision.

Absent an explicit grant, it becomes necessary to consider whether the legislator intended to confer upon the tribunal implied jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provision. Implied jurisdiction must be discerned by looking at the statute as a whole. Relevant factors will include the statutory mandate of the tribunal in issue and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively; the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Practical considerations, however, cannot override a clear implication from the statute itself, particularly when depriving the tribunal of the power to decide questions of law would impair its capacity to fulfill its intended mandate. As is the case for explicit jurisdiction, if the tribunal is found to have implied jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, this power will be presumed to include jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision.

elle-même, mais plutôt de savoir si l'attribution expresse de compétence confère au tribunal administratif le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée, auquel cas le tribunal sera présumé avoir compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition. La *Charte* n'est pas invoquée séparément; elle représente plutôt une norme déterminante dans les décisions portant sur des questions relevant de la compétence du tribunal administratif.

Lorsque la loi habilitante confère expressément le pouvoir de trancher des questions de droit, l'on peut s'en tenir à son libellé. L'attribution expresse du pouvoir d'examiner ou de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative est présumée conférer également le pouvoir de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition.

En l'absence d'une attribution expresse de pouvoir, il faut se demander si le législateur a voulu conférer au tribunal administratif le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. Pour déterminer s'il y a attribution implicite de pouvoir, il est nécessaire d'examiner la loi dans son ensemble. Parmi les facteurs à prendre en considération, il y a la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour l'accomplir efficacement, l'interaction du tribunal en cause avec les autres composantes du régime administratif, la question de savoir si ce tribunal est une instance juridictionnelle, ainsi que des considérations pratiques comme la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne peuvent cependant pas l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même, surtout lorsque priver le tribunal du pouvoir de trancher des questions de droit nuirait à sa capacité d'accomplir la mission qui lui a été confiée. Comme dans le cas de la compétence conférée expressément, si on conclut que le tribunal administratif a le pouvoir implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé englober celui de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition.

40

41

42

Once this presumption has been raised, either by an explicit or implicit grant of authority to decide questions of law, the second question that arises is whether it has been rebutted. The burden of establishing this lies on the party who alleges that the administrative body at issue lacks jurisdiction to apply the *Charter*. In general terms, the presumption may only be rebutted by an explicit withdrawal of authority to decide constitutional questions or by a clear implication to the same effect, arising from the statute itself rather than from external considerations. The question to be asked is whether an examination of the statutory provisions clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter*, or more broadly, a category of questions of law encompassing the *Charter*, from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. For instance, an express conferral of jurisdiction to another administrative body to consider *Charter* issues or certain complex questions of law deemed too difficult or time-consuming for the initial decision maker, along with a procedure allowing such issues to be efficiently redirected to such body, could give rise to a clear implication that the initial decision maker was not intended to decide constitutional questions.

43

As La Forest J. stated in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, at p. 33, “the power to interpret law is not one which the legislature has conferred lightly upon administrative tribunals”. When a legislature chooses to do so, whether explicitly or by implication, the courts must assume that the administrative body at issue was intended to be an appropriate forum for the resolution of complex legal issues, including the interpretation and application of the *Charter*. Thus, while, as noted above, considerations concerning an administrative body’s practical capacity to address such issues may be relevant in determining the scope of a tribunal’s implicit authority to decide questions of law, they generally will not suffice on their own to rebut the presumption that arises from such authority, whether explicit or implied, once that presumption has been found to

Dès que cette présomption naît, que ce soit en raison d’une attribution expresse ou d’une attribution implicite du pouvoir de trancher des questions de droit, il faut se demander si elle est réfutée. L’obligation de réfuter cette présomption incombe à la partie qui allègue que l’organisme administratif en cause n’a pas compétence pour appliquer la *Charte*. En général, la présomption ne peut être réfutée que par le retrait explicite du pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel ou par ce qui ressort clairement, en ce sens, de la loi elle-même plutôt que de considérations externes. Il faut se demander si l’examen des dispositions législatives amène clairement à conclure que le législateur a voulu exclure la *Charte* ou, de manière plus générale, une catégorie de questions de droit mettant en cause la *Charte* des questions de droit pouvant être abordées par le tribunal administratif en cause. Par exemple, l’attribution expresse à un autre organisme administratif du pouvoir d’examiner les questions relatives à la *Charte* ou certaines questions de droit complexes que le décideur initial aurait, considérerait-on, trop de mal à trancher ou auxquelles il devrait consacrer trop de temps, de concert avec l’existence d’une procédure efficace de renvoi de ces questions à un tel organisme, pourrait impliquer clairement qu’on n’a pas voulu que le décideur initial tranche des questions de droit constitutionnel.

Comme l’a dit le juge La Forest dans l’arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, p. 33, « le pouvoir d’interpréter la loi n’est pas de ceux que le législateur a conféré à la légère aux tribunaux administratifs ». Lorsque le législateur décide de conférer expressément ou implicitement ce pouvoir, les tribunaux judiciaires doivent présumer qu’il a voulu que l’organisme administratif en question soit compétent pour trancher des questions de droit complexes, y compris celles relatives à l’interprétation et à l’application de la *Charte*. Par conséquent, quoique, comme nous l’avons vu, des considérations relatives à la capacité concrète de l’organisme administratif d’examiner de telles questions puissent être pertinentes pour déterminer l’étendue de son pouvoir implicite de trancher des questions de droit, ces considérations ne sont

apply. In my view, lower court cases which suggest otherwise, such as *Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission)*, [2001] 2 F.C. 392 (T.D.), rev'd on other grounds, [2001] 3 F.C. 481 (C.A.), and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Reynolds* (1997), 139 F.T.R. 315, as well as the Court of Appeal's decision in the present case, are erroneous in this respect.

I refrain, however, from expressing any opinion as to the constitutionality of a provision that would place procedural barriers in the way of claimants seeking to assert their rights in a timely and effective manner, for instance by removing *Charter* jurisdiction from a tribunal without providing an effective alternative administrative route for *Charter* claims.

In applying the approach set out above, there is in my view no need to draw any distinction between "general" and "limited" questions of law, as was admittedly done in *Cooper, supra*. An administrative body will normally either have or not have the power to decide questions of law. As stated above, administrative bodies that do have that power may presumptively go beyond the bounds of their enabling statute and decide issues of common law or statutory interpretation that arise in the course of a case properly before them, subject to judicial review on the appropriate standard: see, e.g., *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *David Taylor & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.); *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157. Absent a clear expression or implication of contrary intent, such administrative bodies will also have jurisdiction to subject the statutory provisions over which they have jurisdiction to *Charter* scrutiny, while those tribunals without power to decide questions of law will not.

généralement pas suffisantes à elles seules pour réfuter la présomption découlant de l'attribution expresse ou implicite d'un tel pouvoir, une fois qu'il a été jugé que cette présomption s'applique. Je trouve erronés à cet égard les jugements de tribunaux d'instance inférieure qui indiquent le contraire, tels *Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2001] 2 C.F. 392 (1^{re} inst.), inf. pour d'autres motifs, [2001] 3 C.F. 481 (C.A.), *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Reynolds*, [1997] A.C.F. n° 1763 (QL), ainsi que la décision de la Cour d'appel en l'espèce.

Pendant, je m'abstiens de me prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition qui, sur le plan procédural, ferait obstacle au demandeur qui cherche à faire valoir promptement et efficacement ses droits, en retirant notamment à un tribunal administratif la compétence pour trancher des questions relatives à la *Charte*, sans prévoir aucune autre procédure administrative efficace de règlement des demandes fondées sur la *Charte*.

Pour appliquer l'approche énoncée plus haut, il n'est pas nécessaire, selon moi, d'établir une distinction entre les questions de droit « générales » et les questions de droit « limitées », comme l'a certes fait notre Cour dans l'arrêt *Cooper*, précité. Normalement, un organisme administratif a ou n'a pas le pouvoir de trancher des questions de droit. Je le répète, on présume que l'organisme administratif investi de ce pouvoir peut déborder le cadre de sa loi habilitante et, sous réserve d'un contrôle judiciaire selon la norme applicable, trancher les questions de droit commun ou d'interprétation législative soulevées dans une instance dont il est dûment saisi : voir, par exemple, *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *David Taylor & Son, Ltd. c. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.); *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157. À moins que l'intention contraire soit exprimée ou ressorte clairement, un tel organisme administratif est également compétent pour soumettre à un examen fondé sur la *Charte* les dispositions qu'il est habilité à appliquer, tandis que l'organisme administratif non habilité à trancher des questions de droit ne peut pas le faire.

44

45

46

In *Cooper, supra*, this Court considered the jurisdiction of the Canadian Human Rights Commission or a tribunal appointed by it to consider the validity of s. 15(c) of the *Canadian Human Rights Act* under s. 15(1) of the *Charter*. The challenged section provided that no discrimination occurred when persons were forced to retire at the normal age for employees working in similar positions in the same industry. La Forest J. first noted the absence of any explicit grant of jurisdiction to consider questions of law, which raised the need to determine whether such jurisdiction was implied. Turning to an examination of the statutory scheme under the *Canadian Human Rights Act*, he concluded that Parliament did not intend the Commission to decide questions of law arising under s. 15(c), but rather to serve as a screening mechanism for a tribunal endowed with broader jurisdiction to decide such questions as well as with greater capacity to do so. In those specific circumstances, he concluded that a series of well-circumscribed provisions allowing the Commission to consider other questions of law necessary to the exercise of its limited statutory functions as a screening body could not endow it with such power.

47

In my view, the result reached in *Cooper* could have been reached under the current restated rules, given La Forest J.'s finding that the Commission had no authority, either explicit or implicit, to decide questions of law arising under s. 15(c) of the *Canadian Human Rights Act*. It is thus unnecessary at this time to revisit the holding in that case. To the extent that it is incompatible with the present reasons, however, I am of the view that the *ratio* of the majority judgment in *Cooper* is no longer good law. This is particularly true insofar as it implies that the distinction between general and limited questions of law is generally relevant to the analysis of an administrative tribunal's jurisdiction to apply the *Charter*, or that the adjudicative nature of the administrative body is a necessary (or even preponderant) factor in the search for implicit jurisdiction. Likewise, the views expressed by Lamer C.J. in his concurrence

Dans l'arrêt *Cooper*, précité, notre Cour a examiné la compétence de la Commission canadienne des droits de la personne ou d'un tribunal qu'elle constitue pour se prononcer sur la validité de l'al. 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au regard du par. 15(1) de la *Charte*. La disposition contestée prévoyait qu'il n'était pas discriminatoire de contraindre une personne à prendre sa retraite à l'âge normal fixé pour les employés occupant des postes semblables dans le même secteur d'activité. Le juge La Forest a d'abord souligné que, vu l'absence d'attribution expresse du pouvoir d'examiner des questions de droit, il était nécessaire de déterminer si ce pouvoir était implicite. Après avoir étudié le régime établi par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il a conclu que le législateur avait voulu non pas que la commission tranche les questions de droit découlant de l'application de l'al. 15c), mais plutôt qu'elle serve de mécanisme de filtrage à un tribunal ayant une compétence générale pour trancher de telles questions et plus apte à le faire. Dans ces circonstances particulières, il a décidé qu'une série de dispositions bien circonscrites autorisant la commission à examiner d'autres questions de droit, dans la mesure nécessaire à l'exercice de ses fonctions légales limitées d'organisme de filtrage, ne pouvait pas l'investir d'un tel pouvoir.

À mon avis, les nouvelles règles actuellement en vigueur auraient permis d'arriver au même résultat que dans l'arrêt *Cooper*, compte tenu de la conclusion du juge La Forest que la commission n'avait aucun pouvoir exprès ou implicite de trancher les questions de droit découlant de l'application de l'al. 15c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il est donc inutile, pour le moment, de revoir la décision rendue dans cette affaire. J'estime cependant que, dans la mesure où il est incompatible avec les présents motifs, le raisonnement des juges majoritaires dans l'arrêt *Cooper* n'est plus valable. Cela est particulièrement vrai dans la mesure où il laisse entendre que la distinction entre les questions de droit générales et les questions de droit limitées est généralement utile pour analyser le pouvoir d'un tribunal administratif d'appliquer la *Charte*, ou que la nature juridictionnelle de l'organisme administratif est un facteur nécessaire (voire prépondérant) dans

are at odds with the current approach and should not be relied on.

The current, restated approach to the jurisdiction of administrative tribunals to subject legislative provisions to *Charter* scrutiny can be summarized as follows: (1) The first question is whether the administrative tribunal has jurisdiction, explicit or implied, to decide questions of law arising under the challenged provision. (2)(a) Explicit jurisdiction must be found in the terms of the statutory grant of authority. (b) Implied jurisdiction must be discerned by looking at the statute as a whole. Relevant factors will include the statutory mandate of the tribunal in issue and whether deciding questions of law is necessary to fulfilling this mandate effectively; the interaction of the tribunal in question with other elements of the administrative system; whether the tribunal is adjudicative in nature; and practical considerations, including the tribunal's capacity to consider questions of law. Practical considerations, however, cannot override a clear implication from the statute itself. (3) If the tribunal is found to have jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, this power will be presumed to include jurisdiction to determine the constitutional validity of that provision under the *Charter*. (4) The party alleging that the tribunal lacks jurisdiction to apply the *Charter* may rebut the presumption by (a) pointing to an explicit withdrawal of authority to consider the *Charter*; or (b) convincing the court that an examination of the statutory scheme clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter* (or a category of questions that would include the *Charter*, such as constitutional questions generally) from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. Such an implication should generally arise from the statute itself, rather than from external considerations.

la recherche d'un pouvoir implicite. De même, les opinions exprimées par le juge en chef Lamer dans ses motifs concourants vont à l'encontre de l'approche actuelle et ne sauraient être invoquées.

La nouvelle approche actuelle en ce qui concerne le pouvoir d'un tribunal administratif de soumettre des dispositions législatives à un examen fondé sur la *Charte* peut se résumer ainsi : (1) La première question est de savoir si le tribunal administratif a expressément ou implicitement compétence pour trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée. (2)a) La compétence expresse est celle exprimée dans le libellé de la disposition habilitante. b) La compétence implicite ressort de l'examen de la loi dans son ensemble. Les facteurs pertinents sont notamment les suivants : la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour accomplir efficacement cette mission; l'interaction entre ce tribunal et les autres composantes du régime administratif; la question de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle; des considérations pratiques telle la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne sauraient toutefois l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même. (3) S'il est jugé que le tribunal a le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, ce pouvoir sera présumé inclure celui de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition au regard de la *Charte*. (4) La partie qui prétend que le tribunal n'a pas compétence pour appliquer la *Charte* peut réfuter la présomption a) en signalant que le pouvoir d'examiner la *Charte* a été retiré expressément, ou b) en convainquant la cour qu'un examen du régime établi par la loi mène clairement à la conclusion que le législateur a voulu exclure la *Charte* (ou une catégorie de questions incluant celles relatives à la *Charte*, telles les questions de droit constitutionnel en général) des questions de droit soumises à l'examen du tribunal administratif en question. En général, une telle inférence doit émaner de la loi elle-même et non de considérations externes.

3. Application to the Facts

49

In the case at bar, the jurisdiction of the Board is primarily determined by s. 185(1) of the Act. That provision states that “[s]ubject to the rights of appeal provided in this Act, the Board has exclusive jurisdiction to inquire into, hear and determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part.” The right of appeal contemplated by this section is to the Appeals Tribunal, which under s. 243 and s. 252(1) “may confirm, vary or reverse the decision of a hearing officer”. It follows, then, that s. 185(1) also confers upon the Appeals Tribunal jurisdiction to “determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part”. This provision is, of course, almost identical to the one considered by this Court in *Cuddy Chicks*. In addition, s. 256(1) allows for an appeal from the Appeals Tribunal to the Nova Scotia Court of Appeal “on any question of law”, which suggests that the Appeals Tribunal may deal initially with such questions.

50

Section 10B is found in Part I of the Act, and the FRP Regulations were adopted under that Part. Thus, it is clear that the Act confers upon the Appeals Tribunal explicit jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions.

51

Given this conclusion, it is not strictly necessary to consider other aspects of the statutory scheme or the practical considerations raised by the respondents. Nevertheless, since much of the parties’ submissions relate to considerations of this nature, and since I believe that an examination of the statutory scheme as a whole supports the conclusion that the legislature intended the Appeals Tribunal to decide questions of law, I will discuss this question briefly. I repeat, however, that the explicit jurisdiction to determine questions of law would alone have been determinative.

52

First, and most importantly, there can be no doubt that the power to decide questions of law arising

3. Application aux faits

En l’espèce, la compétence de la commission est essentiellement définie par le par. 185(1) de la Loi. Celui-ci prévoit que [TRADUCTION] «[s]ous réserve des droits d’appel prévus dans la présente loi, la commission a compétence exclusive pour trancher, après examen et audition, toute question de droit ou de fait découlant de l’application de la présente partie. » Le droit d’appel prévu à ce paragraphe est celui d’interjeter appel devant le tribunal d’appel qui, aux termes de l’art. 243 et du par. 252(1), [TRADUCTION] « peut confirmer, modifier ou infirmer la décision d’un agent enquêteur ». Il s’ensuit donc que le par. 185(1) confère également au tribunal d’appel le pouvoir de [TRADUCTION] « trancher [. . .] toute question de droit ou de fait découlant de l’application de la présente partie ». Cette disposition est évidemment presque identique à celle examinée par notre Cour dans l’arrêt *Cuddy Chicks*. En outre, le par. 256(1) permet d’interjeter appel [TRADUCTION] « sur une question de droit », devant la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, d’une décision du tribunal d’appel, ce qui laisse entendre que ce dernier peut, au départ, examiner de telles questions.

L’article 10B figure à la partie I de la Loi, et le Règlement a été pris en vertu de cette partie. Il est donc clair que la Loi confère au tribunal d’appel le pouvoir explicite de trancher les questions de droit découlant de l’application des dispositions contestées.

Vu cette conclusion, il n’est absolument pas nécessaire d’étudier les autres aspects du régime établi par la Loi ou les considérations pratiques invoquées par les intimés. Néanmoins, je vais analyser brièvement cette question étant donné qu’une bonne partie de l’argumentation des parties porte sur de telles considérations et que j’estime que l’examen de l’ensemble du régime établi par la Loi étaye la conclusion que le législateur a voulu que le tribunal d’appel puisse trancher des questions de droit. Je rappelle, toutefois, qu’à lui seul le pouvoir explicite de trancher des questions de droit aurait été déterminant.

Premièrement — ce qui est le plus important —, il n’y a pas de doute que le pouvoir de trancher les

under the Act is necessary in order for the Appeals Tribunal effectively to fulfill its mandate. Any conclusion to the contrary would contradict the legislature's clear intent to create a comprehensive scheme for resolving workers' compensation disputes, notably by barring access to the courts in cases covered by the Act: see *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at paras. 23-29. Moreover, the Appeals Tribunal's implied jurisdiction clearly extends even beyond the Act itself, to other questions of statutory interpretation or common law raised in the course of a dispute arising from the operation of the workers' compensation scheme. This conclusion is supported by the common law presumption, alluded to above, that administrative tribunals can interpret laws other than their enabling statute when necessary to resolve a case over which they otherwise have jurisdiction, subject to judicial review. It is also consistent with the practice of the Appeals Tribunal, which regularly decides questions of law involving the interpretation of common law principles and statutes other than the Act. These questions include the law of contracts, evidence, causation, employment, corporate relationships, conflicts of law, administration of foreign workers' compensation schemes, and motor vehicles, to name but a few. Denying the Appeals Tribunal the authority to decide such questions would seriously impede its work and threaten the access by injured workers to a forum capable of deciding all aspects of their case.

Second, the Appeals Tribunal is fully adjudicative in nature. It is independent of the Board and is placed under the supervision of the Minister of Justice, whereas the Board is supervised by the Minister of Labour. The Appeals Tribunal establishes its own rules of procedure (s. 240(1)), can consider all relevant evidence (s. 246(1)), and records any oral evidence for future reference

questions de droit découlant de l'application de la Loi est nécessaire à l'accomplissement efficace de la mission du tribunal d'appel. Toute conclusion contraire irait à l'encontre de l'intention manifeste du législateur d'établir un régime complet de règlement des différends relatifs à l'indemnisation des accidentés du travail en interdisant, notamment, l'accès aux tribunaux judiciaires dans les cas visés par la Loi : voir *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 23-29. De plus, il est évident qu'en vertu de sa compétence implicite le tribunal d'appel peut même déborder le cadre de la loi habilitante et trancher d'autres questions d'interprétation législative ou de droit commun soulevées par un différend relatif à l'application du régime d'indemnisation des accidentés du travail. Cette conclusion est étayée par la présomption de droit commun — à laquelle j'ai fait allusion précédemment — selon laquelle un tribunal administratif peut, sous réserve d'un contrôle judiciaire, interpréter d'autres lois que sa loi habilitante lorsque cela est nécessaire pour régler une affaire qui relève par ailleurs de sa compétence. Elle est également conforme à la pratique du tribunal d'appel, qui tranche régulièrement des questions de droit requérant une interprétation des principes de droit commun et d'autres textes législatifs que la Loi. Celui-ci est notamment appelé à trancher des questions dans les domaines du droit des contrats, de la preuve, du lien de causalité, de l'emploi, des rapports entre entreprises, du droit international privé et de l'administration des régimes étrangers d'indemnisation des accidentés du travail, ainsi que dans celui des véhicules automobiles, pour n'en nommer que quelques-uns. Refuser au tribunal d'appel le pouvoir de trancher de telles questions nuirait gravement à son travail et compromettrait l'accès des accidentés du travail à un tribunal capable de se prononcer sur tous les aspects de leurs demandes.

Deuxièmement, le tribunal d'appel est une instance entièrement juridictionnelle. Il est indépendant de la commission et relève du ministre de la Justice, alors que la commission relève du ministre du Travail. Il établit ses propres règles de procédure (par. 240(1)), il peut examiner tous les éléments de preuve pertinents (par. 246(1)) et il enregistre tous les témoignages, pour consultation future

(s. 253(1)). Its members have the powers, privileges and immunities of a commissioner appointed under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372 (s. 178(1)), including the power to summon witnesses, compel testimony, require production of documents, and punish persons guilty of contempt; they also have certain powers of entry (s. 180). Although the Appeals Tribunal is normally required to render its decision within 60 days of the hearing, or if there is no hearing, of the day on which all submissions have been received (s. 246(3)), it may “at any time, extend any time limit prescribed by this Part or the regulations where, in the opinion of the Appeals Tribunal, an injustice would otherwise result” (s. 240(2)). This extension power allows it to give proper consideration to the more intricate issues raised by a *Charter* appeal, as was done in this case. While only the Chief Appeal Commissioner is required to be a practising lawyer (s. 238(5)), in reality all appeal commissioners have been admitted to the bar. Moreover, this Court has recognized that non-lawyers sitting on specialized tribunals can make important contributions to *Charter* adjudication: *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 16-17. In my view, there is no reason to doubt that the Appeals Tribunal is an adjudicative body fully capable of deciding *Charter* issues, as demonstrated by its competent reasons on the s. 15(1) issue in the case at bar.

(par. 253(1)). Ses membres ont les mêmes pouvoirs, privilèges et immunités qu’un commissaire nommé en vertu de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372 (par. 178(1)), y compris le pouvoir d’assigner des témoins, de contraindre des personnes à témoigner, d’exiger la production de documents et de punir les personnes coupables d’outrage; ils possèdent également certains pouvoirs d’entrer dans des lieux (art. 180). Bien que le tribunal d’appel doive normalement rendre sa décision dans les 60 jours de l’audition ou, en l’absence d’audition, de la date à laquelle toute l’argumentation a été reçue (par. 246(3)), il peut [TRADUCTION] « en tout temps, proroger tout délai prévu par la présente partie ou par le règlement, s’il est d’avis qu’il y aura une injustice s’il ne le fait pas » (par. 240(2)). Ce pouvoir de prorogation lui permet de bien examiner les questions plus complexes que soulève un appel fondé sur la *Charte*, comme cela a été fait en l’espèce. Bien que seul le commissaire d’appel en chef soit tenu d’être un avocat en exercice (par. 238(5)), en réalité, tous les commissaires du tribunal d’appel sont membres du barreau. De plus, notre Cour a reconnu que les membres d’un tribunal spécialisé qui ne sont pas des avocats peuvent contribuer de façon importante au règlement de questions relatives à la *Charte* : *Cuddy Chicks*, précité, p. 16-17. Rien ne permet de douter, selon moi, que le tribunal d’appel est une instance juridictionnelle parfaitement capable de trancher des questions relatives à la *Charte*, comme en témoignent, en l’espèce, ses motifs judiciaires concernant la question du par. 15(1).

54

I hasten to add, however, that while the presence of an adjudicative process is an important factor in finding an implied power to decide questions of law, its absence would not by itself be determinative. An examination of the statutory scheme as a whole may lead to the conclusion that the legislature intended a non-adjudicative body to consider and decide questions of law.

Cependant, je m’empresse d’ajouter que, même si l’existence d’un processus juridictionnel est importante pour conclure à celle d’un pouvoir implicite de trancher des questions de droit, l’absence d’un tel processus ne serait pas déterminante en soi. L’examen de l’ensemble du régime établi par la loi peut mener à la conclusion que le législateur a voulu qu’un organisme non juridictionnel examine et tranche des questions de droit.

55

Third, under the *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 89, and under s. 245(1)(d) of the Act, the Attorney General may be provided with an opportunity to intervene in any proceedings involving a constitutional question, as was done in this

Troisièmement, aux termes de la *Constitutional Questions Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 89, et de l’al. 245(1)d) de la Loi, le procureur général peut, comme en l’espèce, avoir la possibilité d’intervenir dans une instance où une question de droit constitutionnel est

case. Such interventions diminish the relative disadvantage of administrative tribunals as compared to courts by relieving private parties or administrative agencies from the burden of defending the validity of legislation: see *Cuddy Chicks*, *supra*, at pp. 17-18.

Finally, the Court of Appeal was wrong to take into consideration the backlog of cases that had accumulated at the Appeals Tribunal prior to the 1999 amendments. Practical considerations of this nature, while they may in certain circumstances be helpful to confirm the legislature's intent, are of little weight when faced with clear legislative intent, arising from the statutory scheme as a whole, to confer upon an administrative body the power to consider and decide questions of law. Such considerations "can never supplant the intention of the legislature" (*Cooper*, *supra*, at para. 47). Moreover, as the Appeals Tribunal itself argues in its submissions, the backlog has since been completely eliminated. Counsel for the Appeals Tribunal informed us at the hearing that *Charter* challenges were not the cause of the backlog and would not significantly increase its workload or cause undue delay. Since the Appeals Tribunal itself does not believe that deciding *Charter* cases would aggravate matters, and in the absence of other evidence, I fail to see on what basis the Court of Appeal could have reached such a conclusion. In contrast, allowing the Appeals Tribunal to apply the *Charter* clearly furthers the policy objectives outlined in the trilogy. It allows courts to benefit from a full record established by a specialized tribunal fully apprised of the policy and practical issues relevant to the *Charter* claim, and permits workers to have their *Charter* rights recognized within the relatively fast and inexpensive adjudicative scheme created by the Act, rather than having to take separate proceedings in the courts in addition to their compensation claim before the administrative tribunal.

These aspects of the legislative scheme all militate in favour of allowing the Appeals Tribunal to

soulevée. Pareille intervention réduit le désavantage relatif que présentent les tribunaux administratifs comparativement aux cours de justice, en soulageant les particuliers ou les organismes administratifs du fardeau de défendre la validité de la loi attaquée : voir *Cuddy Chicks*, précité, p. 17-18.

Enfin, la Cour d'appel a eu tort de prendre en considération l'arriéré de dossiers avec lequel le tribunal d'appel était aux prises avant les modifications de 1999. Même si, dans certains cas, elles peuvent se révéler utiles pour confirmer l'intention du législateur, les considérations pratiques de ce genre ont peu d'importance lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble du régime établi par la loi que le législateur a voulu conférer à un organisme administratif le pouvoir d'examiner et de trancher des questions de droit. Ces considérations « ne [peuvent] jamais prendre le pas sur l'intention du législateur » (*Cooper*, précité, par. 47). En outre, comme le tribunal d'appel lui-même le fait valoir dans ses observations, l'arriéré a depuis lors été complètement éliminé. À l'audience, l'avocat du tribunal d'appel nous a signalé que les contestations fondées sur la *Charte* n'ont pas causé l'arriéré de ce tribunal et n'augmenteraient pas de façon importante sa charge de travail ni ne causeraient des retards excessifs. Étant donné que le tribunal d'appel lui-même ne croit pas que trancher des questions relatives à la *Charte* aggraverait la situation, et compte tenu de l'absence d'autres éléments de preuve, je ne vois pas comment la Cour d'appel pouvait arriver à une telle conclusion. Par contre, autoriser le tribunal d'appel à appliquer la *Charte* favorise clairement la réalisation des objectifs de politique générale exposés dans la trilogie. Les cours de justice peuvent ainsi bénéficier d'un dossier complet constitué par un tribunal spécialisé bien au fait des questions de politique générale et d'ordre pratique que soulève la demande fondée sur la *Charte*, et les travailleurs peuvent faire reconnaître les droits que leur garantit la *Charte* dans le cadre du régime juridictionnel relativement rapide et peu coûteux établi par la Loi, au lieu d'avoir à assortir de procédures judiciaires distinctes leur demande d'indemnisation déposée devant le tribunal administratif.

Ces aspects du régime établi par la Loi militent tous en faveur de l'attribution au tribunal d'appel

apply the *Charter*, in conformity with the legislature's intent to create a comprehensive scheme for the treatment of workers' compensation claims and related disputes. Thus, even if there had been no express provision endowing the Appeals Tribunal to consider and decide questions of law arising under the Act, I would have found that it had implied jurisdiction to do so. I have already noted that, in assessing implied jurisdiction, the adjudicative or non-adjudicative character of a tribunal is not dispositive. Given the rich variety of administrative schemes and enabling statutes, I would not wish to suggest either that the other factors present in this case are individually or collectively essential to finding implied jurisdiction to decide questions of law. The question is, in each case, to be decided by looking at the relevant statutory scheme as a whole.

du pouvoir d'appliquer la *Charte*, conformément à l'intention du législateur d'établir un système complet de traitement des demandes d'indemnisation des accidentés du travail et des différends connexes. Donc, même s'il n'y avait eu aucune disposition autorisant expressément le tribunal d'appel à examiner et à trancher les questions de droit découlant de l'application de la Loi, j'aurais conclu qu'il avait la compétence implicite pour le faire. J'ai déjà souligné que le caractère juridictionnel ou non juridictionnel d'un tribunal n'est pas déterminant lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'existence d'un pouvoir implicite. Compte tenu de la grande diversité de régimes administratifs et de lois habilitantes, je ne voudrais pas non plus laisser entendre que les autres facteurs présents en l'espèce sont, individuellement ou collectivement, essentiels pour conclure à l'existence d'un pouvoir implicite de trancher des questions de droit. Pour trancher la question, il faut, dans chaque cas, examiner l'ensemble du régime pertinent établi par la loi.

58 The Appeals Tribunal's jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions is presumed to include the authority to consider their constitutional validity. Is this presumption rebutted by other provisions of the Act?

Le pouvoir du tribunal d'appel de trancher les questions de droit découlant de l'application des dispositions contestées est présumé englober celui d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions. Cette présomption est-elle réfutée par d'autres dispositions de la Loi?

59 The respondents argue that the authority conferred upon the Chair of the Board to direct certain issues from the Appeals Tribunal to the Board of Directors is incompatible with the idea that the Appeals Tribunal was itself intended by the legislature to decide *Charter* questions. Surely, it is said, the legislature cannot have intended that *Charter* issues be postponed to a policy-making executive body with no special expertise or powers of ultimate disposition of the issue. I disagree with this description of the procedure allowed by the Act. Section 248(1) provides that the Chair may postpone or adjourn an appeal before the Appeals Tribunal when he or she is of the opinion that the appeal raises "an issue of law and general policy that should be reviewed by the Board of Directors pursuant to Section 183". It is s. 183 that grants the Board of Directors authority to adopt policies. Pursuant to s. 202(a), an adjournment to the Board of Directors lasts no longer than

Les intimés soutiennent que le pouvoir du président de la commission de demander au conseil d'administration d'examiner certaines questions dont est saisi le tribunal d'appel est incompatible avec l'idée que le législateur a voulu que ce soit le tribunal d'appel qui tranche lui-même les questions relatives à la *Charte*. Selon eux, le législateur ne peut sûrement pas avoir voulu que des questions relatives à la *Charte* soient renvoyées à un organe exécutif chargé d'établir des politiques qui ne possède aucune expertise particulière ni aucun pouvoir de trancher la question en dernier ressort. Je ne suis pas d'accord avec cette description de la procédure autorisée par la Loi. Le paragraphe 248(1) prévoit que le président peut reporter ou ajourner l'appel interjeté devant le tribunal d'appel lorsqu'il est d'avis que cet appel soulève [TRADUCTION] « une question de droit et de politique générale qui doit être examinée par le conseil d'administration conformément à

three months or, “where the Board determines that exceptional circumstances exist”, twelve months. If the Board of Directors issues a policy with respect to the issue raised in the appeal or notifies the hearing officer that it will not issue a policy, the postponement also comes to an end. Section 248(3) provides that “where the Chair postpones or adjourns a hearing pursuant to subsection (1), the Chief Appeal Commissioner shall ensure that the final disposition of the appeal is left solely to the independent judgement of the Appeals Tribunal”.

In my view, these provisions do no more than allow the Board of Directors to respond to the issues of law and general policy raised by an appeal by adopting a policy on the matter, enabling the Workers’ Compensation Board to deal consistently with future similar cases on a principled basis. As s. 248(3) attests, this does not mean that the Board of Directors is entitled to take over an appeal raising a *Charter* issue and decide the issue itself. Rather, at most, the Board of Directors can suspend the appeal for up to twelve months in order to adopt a policy that properly responds to the general issues raised. For instance, the Board of Directors may recognize that one of its policies is inconsistent with the *Charter* or the Act and reformulate that policy, rather than litigating the *Charter* issue further. If the Board of Directors declines to do so, or if the policy as reformulated remains inconsistent with the *Charter* or the Act, the Appeals Tribunal will have the authority to refuse to apply that policy when the appeal is resumed. This is the effect of s. 183(5A), which provides that “a policy adopted by the Board is only binding on the Appeals Tribunal where the policy is consistent with this Part or the regulations”. In addition, as the Appeals Tribunal correctly pointed out, even taking into consideration the additional delay that may be imposed by the Chair, the cost and length of an appeal before the

l’article 183 ». C’est l’art. 183 qui confère au conseil d’administration le pouvoir d’adopter des politiques. Suivant l’al. 202a), l’ajournement destiné à saisir le conseil d’administration d’une question de droit et de politique générale ne doit pas excéder trois mois, ou encore 12 mois [TRADUCTION] « si le conseil d’administration décide qu’il existe des circonstances exceptionnelles ». Le report prend fin dès que le conseil d’administration établit une politique relative à la question soulevée dans l’appel ou qu’il avise l’agent enquêteur de son intention de n’en établir aucune. Le paragraphe 248(3) prévoit que [TRADUCTION] « lorsque le président reporte ou ajourne une audition conformément au paragraphe (1), le commissaire en chef du tribunal d’appel veille à ce que l’on s’en remette uniquement au jugement indépendant du tribunal d’appel en ce qui concerne le règlement définitif de l’appel ».

À mon sens, ces dispositions habilent tout au plus le conseil d’administration à répondre aux questions de droit et de politique générale soulevées par un appel en adoptant, à cet égard, une politique qui permettra à la Workers’ Compensation Board de traiter les futurs dossiers similaires d’une manière uniforme et fondée sur des principes. Comme en fait foi le par. 248(3), cela ne signifie pas que le conseil d’administration peut se saisir d’un appel soulevant une question relative à la *Charte* et trancher lui-même la question. Au contraire, il peut tout au plus suspendre l’appel pour une durée maximale de 12 mois afin d’adopter une politique répondant correctement aux questions générales soulevées. Par exemple, le conseil d’administration peut reconnaître que l’une de ses politiques est incompatible avec la *Charte* ou avec la Loi et la reformuler au lieu de débattre davantage la question relative à la *Charte*. Si le conseil d’administration refuse de le faire ou si la politique reformulée demeure incompatible avec la *Charte* ou avec la Loi, le tribunal d’appel peut, à la reprise de l’audition, refuser d’appliquer cette politique. Tel est l’effet du par. 183(5A) qui prévoit qu’[TRADUCTION] « une politique adoptée par le conseil d’administration ne lie le tribunal d’appel que si elle est compatible avec la présente partie ou avec le règlement ». En outre, comme le tribunal d’appel l’a fait remarquer à juste titre, même compte tenu du délai supplémentaire susceptible

Appeals Tribunal would still compare favourably to those of a *Charter* challenge before the courts.

61 Consequently, nothing in the Act produces the kind of clear implication capable of rebutting the presumption that the Appeals Tribunal may consider the constitutionality of the Act that it is called upon to interpret and apply. The Appeals Tribunal could properly consider and decide the *Charter* issue raised in this case because it could properly consider and decide questions of law.

4. The Relationship Between the *Charter* Jurisdictions of the Board and the Appeals Tribunal

62 The reasons outlined in the previous section establish that, even if s. 185(1) of the Act had not provided the Appeals Tribunal with explicit authority to decide questions of law, an examination of the statutory scheme set out by the Act would lead to the conclusion that it has implied authority to do so. The determinative explicit conferral of jurisdiction in this case raises one last question. Section 185(1) of the Act defines the jurisdiction of both the Board and the Appeals Tribunal. Therefore, our holding that this section confers explicit jurisdiction upon the Appeals Tribunal to decide questions of law, including *Charter* issues, appears to lead to the conclusion that such jurisdiction is also vested in the Board, despite the considerably different characteristics of its claims adjudication process. In particular, I note a distinction between the Appeals Tribunal and the Board. In its submissions, the Appeals Tribunal argued confidently for its ability to apply the *Charter*. In contrast, the Board itself argues that it does not possess the resources or expertise to deal with numerous *Charter* cases, and that doing so would compromise its efficiency and timeliness in handling vast numbers of compensation cases.

d'être imposé par le président, le coût et la longueur d'un appel devant le tribunal d'appel se comparent toujours avantageusement à ceux d'une contestation en justice fondée sur la *Charte*.

Par conséquent, il ne se dégage de la Loi aucun élément clairement susceptible de réfuter la présomption selon laquelle le tribunal d'appel peut examiner la constitutionnalité de la Loi qu'il est appelé à interpréter et à appliquer. Le tribunal d'appel était donc compétent pour examiner et trancher la question relative à la *Charte* soulevée en l'espèce, étant donné qu'il avait compétence pour examiner et trancher des questions de droit.

4. Le lien entre la compétence de la commission et celle du tribunal d'appel en matière de *Charte*

Les motifs exposés dans la partie précédente démontrent que, même si le par. 185(1) de la Loi n'avait pas expressément conféré au tribunal d'appel le pouvoir de trancher des questions de droit, l'examen du régime établi par la Loi mènerait à la conclusion que le tribunal d'appel a implicitement le pouvoir de le faire. L'attribution expresse de compétence qui est déterminante en l'espèce soulève une dernière question. Le paragraphe 185(1) de la Loi définit à la fois la compétence de la commission et celle du tribunal d'appel. En conséquence, notre décision selon laquelle cette disposition confère expressément au tribunal d'appel le pouvoir de trancher des questions de droit, y compris des questions relatives à la *Charte*, semble mener à la conclusion que ce pouvoir est également accordé à la commission, en dépit des caractéristiques très différentes de son processus juridictionnel applicable aux demandes. Je relève, en particulier, une différence entre le tribunal d'appel et la commission. Dans son argumentation, le tribunal d'appel assure qu'il a la capacité d'appliquer la *Charte*. Par contre, la commission elle-même soutient qu'elle n'a ni les ressources ni l'expertise nécessaires pour traiter maintes contestations fondées sur la *Charte* et que, si elle le faisait, son efficacité et sa capacité de traiter promptement un grand nombre de demandes d'indemnisation s'en ressentiraient.

Of course, as a matter of statutory interpretation, the Board's own view is not determinative of its jurisdiction. As La Forest J. noted in *Cuddy Chicks*, referring to the Ontario Labour Relations Board (at p. 18):

At the end of the day, the legal process will be better served where the Board makes an initial determination of the jurisdictional issue arising from a constitutional challenge. In such circumstances, the Board not only has the authority but a duty to ascertain the constitutional validity of s. 2(b) of the *Labour Relations Act*. [Emphasis added.]

Likewise, in the present appeals, the Act clearly contemplates that the Board will decide questions of law. Practical considerations cannot override the clear expression of legislative intent in s. 185(1). The legislature also seems to have contemplated, however, that it may be preferable, as a matter of administrative convenience, to refer *Charter* questions raised before the Board to the Appeals Tribunal or to the courts. Thus, s. 199(1)(b) provides that when a hearing officer "is of the opinion . . . that an appeal raises important or novel questions or issues of general significance that should be decided by the Appeals Tribunal pursuant to Part II, . . . the hearing officer shall postpone or adjourn the appeal and refer the appeal to the Chair". The Chair may then, under s. 199(2)(b) and (c), refer the appeal to the Appeals Tribunal or return it to the hearing officer. Likewise, under s. 200(1)(b), when an appeal before a hearing officer raises such questions, the Chair "may postpone or adjourn the appeal and direct that the appeal be . . . heard and decided by the Appeals Tribunal".

Under these provisions, it seems to be entirely within the Board's discretion to refer complex *Charter* cases to the Appeals Tribunal, either on a case-by-case basis or as a matter of policy. As noted above, since an administrative process which avoids parallel proceedings in the courts is preserved, I believe that the Board would not infringe its duty to consider the constitutionality of the Act by referring such cases to the Appeals Tribunal: see generally

Évidemment, sur le plan de l'interprétation législative, la conception que la commission a elle-même de sa compétence n'est pas déterminante. Comme l'a fait observer le juge La Forest dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, p. 18, au sujet de la Commission des relations de travail de l'Ontario :

En définitive, le processus judiciaire sera mieux servi si la Commission rend une décision initiale sur la question de la compétence soulevée par une contestation d'ordre constitutionnel. Dans ces circonstances, la Commission a non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation, de s'assurer du caractère constitutionnel de l'al. 2b) de la *Loi sur les relations de travail*. [Je souligne.]

De même, dans les présents pourvois, la Loi prévoit clairement que la commission tranchera des questions de droit. Des considérations pratiques ne sauraient l'emporter sur l'intention clairement exprimée par le législateur au par. 185(1). Cependant, le législateur semble également avoir prévu qu'il peut être préférable, pour des raisons de commodité administrative, de renvoyer au tribunal d'appel ou à une cour de justice les questions relatives à la *Charte* soulevées devant la commission. Ainsi, l'al. 199(1)(b) prévoit que, lorsqu'il [TRADUCTION] « est d'avis [. . .] qu'un appel soulève des questions importantes ou nouvelles ou des questions de portée générale devant être tranchées par le tribunal d'appel conformément à la partie II, [. . .] l'agent enquêteur reporte ou ajourne l'appel et le renvoie au président ». Ce dernier peut alors, en vertu des al. 199(2)(b) et c), renvoyer l'appel au tribunal d'appel ou en ressaisir l'agent enquêteur. De même, l'al. 200(1)(b) prévoit que, lorsqu'un appel devant un agent enquêteur soulève de telles questions, le président [TRADUCTION] « peut reporter ou ajourner cet appel et ordonner qu'il soit [. . .] entendu et tranché par le tribunal d'appel ».

Suivant ces dispositions, il semble que la commission a entière discrétion pour renvoyer, cas par cas ou de manière générale, au tribunal d'appel les dossiers complexes liés à la *Charte*. Comme nous l'avons vu, je considère que, en raison du maintien d'un processus administratif permettant d'éviter les procédures judiciaires parallèles, la commission ne manque pas à son obligation d'examiner la constitutionnalité de la Loi lorsqu'elle renvoie de tels

Tétreault-Gadoury, *supra*, at pp. 35-36. Therefore, I believe that the practical concerns raised by the respondents concerning the Board's capacity to handle complex *Charter* cases do not require a conclusion that either the Board or the Appeals Tribunal lacks jurisdiction to apply the *Charter*. On the contrary, they explain the choice made by the legislature in providing a procedural mechanism to allow such complex issues to be redirected from the Board to the Appeals Tribunal when the Chair of the Board of Directors deems it appropriate.

5. Conclusion

65 I conclude that the Appeals Tribunal has explicit jurisdiction to decide questions of law arising under the challenged provisions of the Act. It is thus presumed to have jurisdiction to consider the validity of these provisions under s. 15(1) of the *Charter*, and to disregard these provisions if it finds them to be unconstitutional. This presumption is not rebutted by the statute, either explicitly or by necessary implication. Since the remedy requested arises from s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, it is not necessary to determine whether the Appeals Tribunal is a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*: see *Douglas College*, *supra*, at pp. 594-95 and 605. However, as the Appeals Tribunal's decision on the constitutionality of the challenged provisions is to be reviewed on a correctness standard, I now turn to the substantive *Charter* questions.

B. *Section 15(1) of the Charter*

1. The Chronic Pain Regime Under the Act

66 The FRP Regulations and s. 10A of the Act define "chronic pain" as "pain"

(a) continuing beyond the normal recovery time for the type of personal injury that precipitated, triggered or otherwise predated the pain; or

dossiers au tribunal d'appel : voir, de manière générale, l'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, p. 35-36. J'estime donc que les considérations pratiques évoquées par les intimés quant à la capacité de la commission de traiter des dossiers complexes liés à la *Charte* n'obligent pas à conclure que la commission ou le tribunal d'appel n'a pas compétence pour appliquer la *Charte*. Au contraire, elles expliquent le choix du législateur de prévoir un mécanisme procédural permettant au président du conseil d'administration, lorsqu'il le juge indiqué, de dessaisir la commission de questions aussi complexes et de les renvoyer au tribunal d'appel.

5. Conclusion

Je conclus que le tribunal d'appel a le pouvoir explicite de trancher les questions de droit découlant de l'application des dispositions contestées de la Loi. Il est donc présumé avoir compétence pour examiner la validité de ces dispositions au regard du par. 15(1) de la *Charte* et pour ne pas en tenir compte s'il les juge inconstitutionnelles. La Loi ne réfute cette présomption ni expressément ni par déduction nécessaire. Vu que la réparation sollicitée découle du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il n'est pas nécessaire de décider si le tribunal d'appel est un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* : voir *Douglas College*, précité, p. 594-595 et 605. Toutefois, étant donné que la décision du tribunal d'appel relative à la constitutionnalité des dispositions contestées doit faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte, j'aborde maintenant les questions de fond relatives à la *Charte*.

B. *Le paragraphe 15(1) de la Charte*

1. Le régime établi par la Loi relativement à la douleur chronique

Le Règlement et l'art. 10A de la Loi définissent la « douleur chronique » comme étant la « douleur »

[TRADUCTION]

a) persistant au-delà de la période normale de guérison du type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée, ou

(b) disproportionate to the type of personal injury that precipitated, triggered or otherwise predated the pain,

and includes chronic pain syndrome, fibromyalgia, myofascial pain syndrome, and all other like or related conditions, but does not include pain supported by significant, objective, physical findings at the site of the injury which indicate that the injury has not healed.

The challenged provisions then go on to create a separate regime to deal with injured workers suffering from chronic pain under the Act. The combined effect of these provisions is (i) to preclude workers injured before March 23, 1990, from receiving any benefits in connection with chronic pain; (ii) to entitle workers injured between March 23, 1990, and February 1, 1996, and who, on November 25, 1998, were in receipt of temporary benefits or had a claim under appeal, to receive uniform limited benefits for chronic pain as provided by s. 10E; and (iii) to preclude workers injured after February 1, 1996, from receiving any benefits for chronic pain except as provided by the FRP Regulations. The chronic pain provisions also maintain the bar against suing employers under s. 28 of the Act, so that no additional compensation may be obtained through tort actions in the courts.

Section 3(2) of the FRP Regulations deems chronic pain always to have been excluded from the operation of Part I of the Act, and provides that no compensation other than that provided by the FRP Regulations is payable for chronic pain with respect to injuries subsequent to February 1, 1996. The benefits available under the FRP Regulations are not determined with regard to the individual circumstances of each worker. Rather, the FRP Regulations establish a limited Functional Restoration Program. No worker may participate in the Functional Restoration Program if more than 12 months have elapsed since his or her date of injury, and participation in the Functional Restoration Program is limited to four weeks. No further benefits are available. Thus, injured workers suffering

b) disproportionnée au type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée,

et inclut le syndrome de la douleur chronique, la fibromyalgie, le syndrome de la douleur myofasciale et tout autre état semblable ou connexe, mais exclut la douleur attestée, à l'emplacement de la lésion, par des symptômes importants, objectifs et physiques indiquant que la lésion n'est pas guérie.

Les dispositions contestées établissent ensuite un régime distinct pour les accidentés du travail souffrant de douleur chronique au sens de la Loi. Ces dispositions ont pour effet conjugué (i) d'empêcher les travailleurs ayant subi une lésion avant le 23 mars 1990 de toucher des prestations liées à la douleur chronique, (ii) de permettre aux travailleurs ayant subi une lésion entre le 23 mars 1990 et le 1^{er} février 1996, qui, le 25 novembre 1998, touchaient des prestations temporaires ou qui avaient présenté une demande faisant l'objet d'un appel à cette date, de toucher des prestations uniformes et limitées pour douleur chronique conformément à l'art. 10E, et (iii) d'empêcher les travailleurs ayant subi une lésion après le 1^{er} février 1996 d'obtenir, pour la douleur chronique, toute autre forme d'indemnisation que celle prévue par le Règlement. Les dispositions relatives à la douleur chronique maintiennent également l'interdiction, prévue à l'art. 28 de la Loi, de poursuivre l'employeur, d'où l'impossibilité d'obtenir une indemnité supplémentaire au moyen d'une action en responsabilité délictuelle devant une cour de justice.

Suivant le par. 3(2) du Règlement, la douleur chronique est présumée avoir toujours été exclue du champ d'application de la partie I de la Loi, et aucune autre indemnité que celle prévue par le Règlement ne peut être versée pour la douleur chronique due à une lésion subie après le 1^{er} février 1996. Les avantages à accorder en vertu du Règlement ne tiennent pas compte de la situation particulière du travailleur concerné. Le Règlement crée plutôt un programme de rétablissement fonctionnel d'une durée maximale de quatre semaines, auquel le travailleur ne peut pas participer si plus de 12 mois se sont écoulés depuis qu'il a subi sa lésion. Aucun autre avantage n'est disponible. Par conséquent, les accidentés du travail souffrant de douleur chronique n'ont pas droit à des prestations (temporaires ou permanentes) de

67

68

from chronic pain cannot receive earning replacement benefits (whether temporary or permanent), permanent impairment benefits, retirement annuities, vocational rehabilitation services or medical aid beyond the four-week Functional Restoration Program. They are also excluded from the duties to re-employ and to accommodate imposed upon employers by ss. 90 and 91 of the Act.

remplacement du revenu, à des prestations pour incapacité permanente, à une pension de retraite, à des services de réadaptation professionnelle ou à des soins médicaux après avoir participé au programme de rétablissement fonctionnel d'une durée de quatre semaines. Les obligations de réemploi et d'adaptation imposées à l'employeur par les art. 90 et 91 de la Loi ne s'appliquent pas non plus à ces personnes.

69

Section 10E of the Act is a transitional measure that provides limited permanent benefits to chronic pain sufferers who were receiving temporary benefits or had a claim under appeal on November 25, 1998. These benefits are based on a percentage of the permanent impairment benefits that would be available if the worker were impaired by a condition other than chronic pain. Neither Mr. Martin nor Ms. Laseur is subject to the application of s. 10E and its constitutionality is not at issue in this case.

L'article 10E de la Loi est une mesure transitoire qui prévoit le versement de prestations permanentes limitées aux travailleurs souffrant de douleur chronique qui, le 25 novembre 1998, touchaient des prestations temporaires ou qui avaient présenté une demande faisant l'objet d'un appel à cette date. Le montant de ces prestations correspond à un pourcentage des prestations pour incapacité permanente auxquelles le travailleur aurait droit si son incapacité était due à autre chose que la douleur chronique. L'article 10E ne s'applique ni à M. Martin ni à M^{me} Laseur, et sa constitutionnalité n'est pas en cause en l'espèce.

2. Application of Section 15(1) of the Charter

2. Application du par. 15(1) de la Charte

70

In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 39, Iacobucci J. summarized this Court's three-step approach to s. 15(1) of the *Charter* as follows:

Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 39, le juge Iacobucci a résumé ainsi l'approche en trois étapes relative au par. 15(1) de la *Charte* :

First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1). [Emphasis in original.]

Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1). [Souligné dans l'original.]

Following this approach, I now turn to an analysis of the appellants' claims based on the three inquiries required by s. 15(1).

(a) *Differential Treatment*

I agree with the Court of Appeal that the appropriate comparator group for the s. 15(1) analysis in this case is the group of workers subject to the Act who do not have chronic pain and are eligible for compensation for their employment-related injuries. The appellants are unlike these workers. Mr. Martin was deprived of temporary earnings loss and medical treatment benefits to which he would be entitled were he suffering from a condition other than chronic pain. Ms. Laseur, for her part, was denied access to an evaluation of her permanent impairment rating. Although, under the current guidelines, Ms. Laseur would be found to have a 0 percent impairment rating and would thus be denied benefits anyway, this Court has previously held that deprivation of access to an institution available to others, even though the individual bringing the claim would not necessarily derive immediate benefits from such access, constitutes differential treatment: see *Egan, supra*; *Vriend, supra*; *M. v. H., supra*. More generally, while the Act prevents all injured workers from obtaining compensation in court, the Act also disentitles injured workers disabled by chronic pain to compensation and other benefits beyond the four-week period, as well as to an individual assessment of their condition and needs. Indeed, the respondents concede that chronic pain sufferers are subject to differential treatment relative to other injured workers subject to the Act.

In addition, the appellants argue that another relevant comparator group is the group of persons suffering from chronic pain who are not subject to the Act and can obtain damages for their condition through the application of normal tort principles.

Conformément à cette approche, je vais maintenant analyser les demandes des appelants en répondant aux trois questions qu'il faut se poser dans le cadre d'une analyse fondée sur le par. 15(1).

a) *Différence de traitement*

Je conviens avec la Cour d'appel que, pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 15(1), le groupe de comparaison approprié en l'espèce est celui constitué des travailleurs assujettis à la Loi qui ne souffrent pas de douleur chronique et qui sont admissibles à une indemnité pour une lésion professionnelle. La situation des appelants diffère de celle de ces travailleurs. Monsieur Martin ne touchait pas les prestations temporaires de remplacement du revenu et ne bénéficiait pas des services de soins médicaux auxquels il aurait eu droit s'il avait souffert d'autre chose que de douleur chronique. Madame Laseur, pour sa part, s'est vu refuser toute évaluation de son incapacité permanente. Indépendamment du fait que, suivant les lignes directrices actuelles, on jugerait que son taux d'incapacité serait de 0 pour 100 et que tout avantage lui serait de toute façon refusé, notre Cour a déjà statué que refuser à l'auteur d'une demande l'accès à une institution accessible à autrui, même dans le cas où il ne tirerait pas nécessairement immédiatement profit de cet accès, constitue une différence de traitement : voir *Egan, Vriend* et *M. c. H.*, précités. De manière plus générale, bien qu'elle empêche tous les accidentés du travail de s'adresser à une cour de justice pour obtenir une indemnité, la Loi prive en outre l'accidenté du travail souffrant d'incapacité due à la douleur chronique du droit à une indemnité et à d'autres avantages une fois terminé le programme de quatre semaines, ainsi que du droit à une évaluation individuelle de son état et de ses besoins. En fait, les intimés reconnaissent que les personnes souffrant de douleur chronique sont traitées différemment des autres accidentés du travail assujettis à la Loi.

Les appelants ajoutent qu'il existe un autre groupe de comparaison utile, à savoir celui constitué des personnes souffrant de douleur chronique qui ne sont pas assujetties à la Loi et qui peuvent être indemnisées selon les principes ordinaires de la

I do not believe that this comparison is appropriate. What distinguishes this group from the appellants is not mental or physical disability — both suffer from chronic pain. Rather, the only difference between them is that persons in the comparator group are not subject to the Act and thus have access to the tort system, while the appellants have to rely on the workers' compensation system. In my view, the Court of Appeal correctly held that a s. 15(1) analysis based on this distinction would amount to a challenge to the entire workers' compensation system, a challenge which this Court unanimously rejected in *Reference re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922. Moreover, such a comparison would also be inappropriate since compensation under the tort system normally requires the injured party to establish that his or her injury was caused by the negligence of another. Thus, even if the workers' compensation system did not exist, not all injured workers with chronic pain would have access to tort damages. Ms. Laseur and Mr. Martin, for instance, do not allege that anyone's negligence caused their injuries.

73

Finally, the appellants submit that workers suffering from chronic pain and eligible for s. 10E benefits constitute an appropriate comparator group. Assuming without deciding that such workers do constitute an appropriate comparator group, I do not think this approach advances the appellants' argument. As the Court of Appeal indicated, the distinction between this group and the appellants would be the date of their injury and the status of their case before the Board, rather than the nature of their disability. Thus, in any case, the second branch of the test would not be met.

74

Having found a distinction between the claimants and the comparator group, it is necessary next to examine the basis for that distinction.

responsabilité délictuelle. Je ne crois pas que cette comparaison soit appropriée. Ce n'est pas une déficience mentale ou physique qui distingue les appelants des membres de ce groupe, du fait qu'il y a douleur chronique dans les deux cas. La seule différence qui existe entre eux réside plutôt dans le fait que les membres du groupe de comparaison ne sont pas assujettis à la Loi et ont donc accès au régime de responsabilité délictuelle, alors que les appelants doivent s'en tenir au régime d'indemnisation des accidentés du travail. Selon moi, la Cour d'appel a eu raison de statuer qu'établir une telle distinction dans une analyse fondée sur le par. 15(1) reviendrait à contester tout le régime d'indemnisation des accidentés du travail, ce que notre Cour a rejeté à l'unanimité dans le *Renvoi : Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922. De plus, une telle comparaison serait également inappropriée du fait que le régime de la responsabilité délictuelle exige normalement que la partie lésée prouve que la lésion qu'elle a subie est due à la faute d'autrui. Donc, même si le régime d'indemnisation des accidentés du travail n'existait pas, ce ne sont pas tous les accidentés du travail souffrant de douleur chronique qui auraient accès à l'indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle. Madame Laseur et M. Martin, par exemple, n'imputent pas leurs lésions à la faute d'autrui.

Enfin, les appelants font valoir que les travailleurs souffrant de douleur chronique et admissibles aux prestations prévues à l'art. 10E forment un groupe de comparaison approprié. À supposer, sans le décider, que ces travailleurs forment effectivement un groupe de comparaison approprié, je ne crois pas que cela renforce l'argumentation des appelants. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, ce qui distinguerait les appelants des membres de ce groupe serait non pas la nature de leur incapacité, mais plutôt la date à laquelle ils ont subi leur lésion et la situation de leur dossier devant la commission. Quoi qu'il en soit, le deuxième volet du critère ne serait donc pas respecté.

Ayant conclu à l'existence d'une distinction entre les demandeurs et les membres du groupe de comparaison, il faut ensuite examiner le motif de cette distinction.

(b) *Enumerated or Analogous Ground*

The relevant potential ground of discrimination in this case is “physical disability”, a ground expressly included in s. 15(1). The question here is whether the differential treatment of chronic pain sufferers is truly based on this enumerated ground. While the Attorney General of Nova Scotia concedes that it is, the Board argues that since both the claimants and the comparator group suffer from physical disabilities, differential treatment of chronic pain within the workers’ compensation scheme is not based on physical disability. Rather, argues the Board, the differential treatment must derive from some other basis.

In my view, this argument is without merit. This Court has long recognized that differential treatment can occur on the basis of an enumerated ground despite the fact that not all persons belonging to the relevant group are equally mistreated. This issue first arose in the context of employment discrimination claims under provincial human rights statutes. In *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, Dickson C.J. held that sexual harassment in the workplace constituted sex discrimination. He responded to the argument that, since harassers choose their targets on the basis of physical attractiveness, a personal characteristic, rather than gender, a group characteristic, sexual harassment did not amount to sex discrimination. He stated, at pp. 1288-89, that:

While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual’s personal characteristics, discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual. If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value. . . . To deny a finding of discrimination in the circumstances

b) *Motif énuméré ou analogue*

Le motif de discrimination susceptible de s’appliquer, en l’espèce, est celui de la « déficience physique » qui est expressément prévu au par. 15(1). Il s’agit ici de savoir si le traitement différent réservé aux personnes souffrant de douleur chronique est véritablement fondé sur ce motif énuméré. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse reconnaît que c’est le cas, mais la commission fait valoir que, étant donné que les demandeurs et les membres du groupe de comparaison sont tous atteints d’une déficience physique, le traitement différent que le régime d’indemnisation des accidentés du travail réserve aux personnes souffrant de douleur chronique n’est pas fondé sur la déficience physique. La commission soutient plutôt que la différence de traitement doit reposer sur un autre motif.

Selon moi, cet argument n’est pas fondé. Notre Cour reconnaît depuis longtemps qu’une différence de traitement peut reposer sur un motif énuméré même lorsque les membres du groupe pertinent ne sont pas tous également maltraités. La question s’est posée pour la première fois dans le contexte d’allégations de discrimination dans l’emploi fondées sur des lois provinciales relatives aux droits de la personne. Dans l’arrêt *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, le juge en chef Dickson a statué que le harcèlement sexuel au travail constituait de la discrimination fondée sur le sexe. Il répondait alors à l’argument voulant que, puisque le choix d’une cible par un harceleur se fonde sur l’attrait physique — une caractéristique personnelle — plutôt que sur le sexe — une caractéristique de groupe —, le harcèlement sexuel ne constituait pas de la discrimination fondée sur le sexe. Voici ce qu’il a dit, aux p. 1288-1289 :

Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu’en raison de ses caractéristiques personnelles, il n’est pas nécessaire, pour qu’il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l’attribution d’une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l’objet. S’il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative

75

76

of this appeal is to deny the existence of discrimination in any situation where discriminatory practices are less than perfectly inclusive.

Likewise, in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, the employer argued that the exclusion of pregnancy from a group health insurance policy did not amount to sex discrimination, because it did not affect all women but only those who were pregnant. Dickson C.J. rejected this argument too, holding that, since only women could become pregnant, distinctions based on pregnancy could be nothing other than distinctions based on or related to sex. Thus, he concluded, the exclusion of pregnancy from the list of compensable conditions constituted sex discrimination.

contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. [. . .] Refuser de conclure à la discrimination dans les circonstances de ce pourvoi équivaut à nier l'existence de la discrimination chaque fois que les pratiques discriminatoires ne touchent pas l'ensemble du groupe-cible.

De même, dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, l'employeur soutenait que l'exclusion de la grossesse du champ d'application du régime collectif d'assurance maladie ne constituait pas de la discrimination fondée sur le sexe, étant donné que cette exclusion visait non pas toutes les femmes, mais seulement celles qui étaient enceintes. Le juge en chef Dickson a aussi rejeté cet argument en décidant que, puisque seules les femmes pouvaient tomber enceintes, une distinction fondée sur la grossesse ne pouvait qu'être une distinction fondée sur le sexe ou s'y rapportant. Il a donc conclu que l'exclusion de la grossesse de la liste des états donnant ouverture à indemnisation constituait de la discrimination fondée sur le sexe.

77

The potential discriminatory character of distinctions drawn between different disabilities was addressed in *Gibbs, supra*. In that case, an employee became disabled as a result of a mental disorder. The employer subscribed to an insurance policy which provided a replacement income to employees who became unable to work because of a disability. The policy provided, however, that in cases of mental illness, the income replacement benefit would terminate after two years unless the former employee remained in a mental institution. The employee challenged this provision under the *Saskatchewan Human Rights Code*. The employer argued that the insurance plan was not discriminatory, since the proper comparison was not between mentally disabled persons and physically disabled persons, but between disabled persons generally and able-bodied persons. Sopinka J. rejected this argument and held that a comparison could properly be drawn between two groups, each of whose members were affected by a disability. He stated, at paras. 27-28, that:

Dans l'arrêt *Gibbs*, précité, la Cour a abordé la question du caractère potentiellement discriminatoire des distinctions établies entre diverses incapacités. Dans cette affaire, une employée était devenue invalide en raison d'un trouble mental. L'employeur avait souscrit un contrat d'assurance prévoyant le versement d'une indemnité de remplacement du revenu en cas d'inaptitude au travail due à une incapacité. Le contrat précisait toutefois que, dans le cas d'une maladie mentale, l'indemnité de remplacement du revenu cessait d'être versée au bout de deux ans, sauf si l'ancien employé demeurait interné dans un établissement psychiatrique. L'employée a contesté cette disposition en invoquant le *Saskatchewan Human Rights Code*. L'employeur a fait valoir que le régime d'assurance n'était pas discriminatoire puisque la comparaison devait être faite non pas entre les personnes souffrant d'une incapacité mentale et celles souffrant d'une incapacité physique, mais plutôt entre les personnes handicapées en général et les personnes physiquement aptes. Le juge Sopinka a rejeté cet argument et a statué qu'une comparaison pouvait être établie, à juste titre, entre deux groupes formés de personnes souffrant d'une incapacité. Voici ce qu'il a dit, aux par. 27-28 :

In my view, the Court of Appeal was correct, in the circumstances of the present case, in finding discrimination on the basis of a comparison between the insurance benefits offered to those unable to work because of a physical disability and those unable to work because of a mental disability. In concluding that a “mental disability/physical disability” comparison is appropriate, I note first of all that in order to find discrimination on the basis of disability, it is not necessary that all disabled persons be mistreated equally. The case law has consistently held that it is not fatal to a finding of discrimination based on a prohibited ground that not all persons bearing the relevant characteristic have been discriminated against.

Thus, a finding of discrimination on the basis of disability, even though only a subset of disabled employees is mistreated, is permissible according to the case law. [Emphasis added.]

Sopinka J. went on to support the comparison between mental and physical disability by noting that s. 15(1) of the *Charter* expressly contains such a distinction, and that mentally disabled persons are subject to a particular historical disadvantage. Admittedly, the alleged discrimination in this appeal is between different physical disabilities, and therefore these additional justifications may not apply directly. Nevertheless, I believe that the Court of Appeal was correct in concluding that this Court’s previous approach to discrimination on the basis of distinction within a protected group, as dealt with by this Court in *Janzen*, *Brooks* and *Gibbs*, while not determinative, indicates that the s. 15(1) claim under consideration should turn on the presence or absence of substantive discrimination rather than on the second branch of the *Law* test.

While the issue was not argued at length, Binnie J. in *Granovsky*, *supra*, at para. 53, held that a legislative distinction between temporary and permanent disability was based on the enumerated ground of “physical disability” in s. 15(1) of the *Charter*. Likewise, in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para.

À mon avis, la Cour d’appel a eu raison, dans les circonstances de la présente affaire, de conclure à l’existence de discrimination fondée sur une comparaison entre les prestations d’assurance offertes aux personnes incapables de travailler à cause d’une incapacité physique et celles offertes aux personnes incapables de travailler à cause d’une incapacité mentale. En concluant qu’une comparaison entre l’incapacité mentale et l’incapacité physique est adéquate, je souligne d’abord que, pour conclure à l’existence de discrimination fondée sur l’incapacité, il n’est pas nécessaire que toutes les personnes handicapées soient maltraitées également. Les tribunaux ont constamment statué qu’il n’est pas erroné de conclure à l’existence de discrimination fondée sur un motif illicite quand les personnes qui présentent la caractéristique pertinente n’ont pas toutes été victimes de discrimination.

Ainsi, il est possible, d’après la jurisprudence, de conclure à l’existence de discrimination fondée sur l’incapacité même si seulement une partie des employés handicapés sont maltraités. [Je souligne.]

Le juge Sopinka a ensuite justifié la comparaison entre l’incapacité mentale et l’incapacité physique en faisant observer que le par. 15(1) de la *Charte* établit expressément une telle distinction, et que les personnes atteintes d’une incapacité mentale ont, de tout temps, été l’objet d’un désavantage particulier. Il est vrai qu’en l’espèce la distinction alléguée serait faite entre différentes incapacités physiques, de sorte qu’il se peut que ces justifications supplémentaires ne s’appliquent pas directement. Néanmoins, je crois que la Cour d’appel a eu raison de conclure que, bien qu’elle ne soit pas déterminante, l’approche que notre Cour a déjà adoptée relativement à la discrimination fondée sur une distinction établie au sein d’un groupe protégé — examinée dans les arrêts *Janzen*, *Brooks* et *Gibbs* — indique que la demande examinée qui repose sur le par. 15(1) doit être axée sur l’existence ou l’inexistence de discrimination réelle, et non sur le deuxième volet du critère de l’arrêt *Law*.

Bien que la question en litige n’y ait pas été débattue en profondeur, le juge Binnie a conclu, dans l’arrêt *Granovsky*, précité, par. 53, qu’une distinction établie par le législateur entre l’incapacité temporaire et l’incapacité permanente était fondée sur le motif de la « déficience physique » énuméré au par. 15(1) de la *Charte*. De même, dans

80, McLachlin J. held that the special treatment of the not criminally responsible was founded “on the presence of a particular type of mental disability at the time of commission of the criminal act” (emphasis added). In my view, such reasoning is consistent with the general principles underlying discrimination law and s. 15(1), which prohibits discrimination “based on” certain enumerated grounds, including “mental or physical disability”.

l’arrêt *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 80, la juge McLachlin a conclu que le traitement particulier réservé à la personne dont la responsabilité criminelle n’était pas engagée était justifié « par l’existence d’un type particulier de déficience mentale au moment où l’acte criminel est commis » (je souligne). À mon sens, ce raisonnement est compatible avec les principes généraux qui sous-tendent le droit applicable en matière de discrimination et le par. 15(1) qui interdit la discrimination « fondée sur » certains motifs énumérés, dont les « déficiences mentales ou physiques ».

80

For instance, there could be no doubt that a legislative distinction favouring persons of Asian origin over those of African origin would be “based on” race, ethnic origin or colour, or that a law imposing a disadvantage on Buddhists relative to Muslims would draw a distinction “based on” religion. It would be no answer for the legislator to say there is no discrimination because both persons born in Asia and persons born in Africa have a non-Canadian national origin, or that Muslims, like Buddhists, belong to a minority religion in Canada. Likewise, in the present case, it is no answer to say that all workers subject to the scheme are disabled. The second step of the *Law* test does not ask whether the claimant and members of the comparator group possess a certain characteristic. Rather, the inquiry is whether the basis of the challenged differential treatment is an enumerated or analogous ground. The distinction between the claimants and the comparator group was made on the basis of the claimants’ chronic pain disability, i.e., on the basis of disability. The fact that injured workers without chronic pain have their own disability too is irrelevant. Distinguishing injured workers with chronic pain from those without is still a disability-based distinction. Whether that distinction is in fact discriminatory remains in each case to be determined under the third branch of the *Law* test.

Par exemple, il n’y aurait pas de doute qu’une distinction du législateur qui favoriserait les personnes d’origine asiatique par rapport aux personnes d’origine africaine serait « fondée sur » la race, l’origine ethnique ou la couleur, ou qu’une loi défavorisant les bouddhistes par rapport aux musulmans établirait une distinction « fondée sur » la religion. Il ne suffirait pas que le législateur réponde qu’il n’y a pas de discrimination vu que les personnes nées en Asie et celles nées en Afrique ont, dans les deux cas, une origine nationale non canadienne, ou encore que les musulmans, à l’instar des bouddhistes, appartiennent à une minorité religieuse au Canada. De la même façon, il ne suffit pas de répondre, en l’espèce, que les travailleurs assujettis au régime souffrent tous d’une incapacité. Le deuxième volet du critère établi dans l’arrêt *Law* ne consiste pas à se demander si les membres du groupe de comparaison et le demandeur ont en commun une certaine caractéristique. Il s’agit plutôt de savoir si la différence de traitement contestée repose sur un motif énuméré ou analogue. La distinction entre les demandeurs et les membres du groupe de comparaison était fondée sur une incapacité, à savoir l’incapacité des demandeurs due à la douleur chronique. Le fait que les accidentés du travail qui ne souffrent pas de douleur chronique souffrent eux aussi d’une incapacité n’est pas pertinent. La distinction entre les accidentés du travail qui souffrent de douleur chronique et ceux qui ne souffrent pas de ce type de douleur demeure une distinction fondée sur une déficience. La question de savoir si cette distinction est effectivement discriminatoire doit, dans chaque cas, être tranchée au moyen du troisième volet du critère de l’arrêt *Law*.

This approach to the analysis of distinctions drawn between various disabilities allows the courts to take into account a fundamental and distinctive characteristic of disabilities when compared to other enumerated grounds of discrimination: their virtually infinite variety and the widely divergent needs, characteristics and circumstances of persons affected by them: see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 69; *Granovsky*, *supra*, at para. 27. Due sensitivity to these differences is the key to achieving substantive equality for persons with disabilities. In many cases, drawing a single line between disabled persons and others is all but meaningless, as no single accommodation or adaptation can serve the needs of all. Rather, persons with disabilities encounter additional limits when confronted with systems and social situations which assume or require a different set of abilities than the ones they possess. The equal participation of persons with disabilities will require changing these situations in many different ways, depending on the abilities of the person. The question, in each case, will not be whether the state has excluded all disabled persons or failed to respond to their needs in some general sense, but rather whether it has been sufficiently responsive to the needs and circumstances of each person with a disability. If a government building is not accessible to persons using wheelchairs, it will be no answer to a claim of discrimination to point out a TTY (teletypewriter) telephone for the hearing impaired has been installed in the lobby.

Of course, government benefits or services cannot be fully customized. As a practical matter, general solutions will often have to be adopted, solutions which inevitably may not respond perfectly to the needs of every individual. This is particularly true in the context of large-scale compensation systems, such as the workers' compensation scheme under consideration. Such systems often need to classify various injuries and illnesses based

Cette approche relative à l'analyse des distinctions établies entre diverses déficiences permet aux tribunaux de tenir compte d'une caractéristique fondamentale et typique des déficiences, que ne possèdent pas les autres motifs de discrimination énumérés : leur diversité quasi infinie, y compris les caractéristiques, les situations et les besoins très différents des personnes qui en sont atteintes (voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, par. 69; *Granovsky*, précité, par. 27). Pour qu'il y ait égalité véritable des personnes atteintes de déficiences, il faut bien tenir compte de ces différences. Dans bien des cas, tracer une seule ligne de démarcation entre les personnes atteintes d'une déficience et les autres personnes est pour ainsi dire inutile, vu qu'aucune mesure d'adaptation ne permet à elle seule de répondre aux besoins de tous. Les personnes atteintes d'une déficience sont plutôt assujetties à des limites supplémentaires lorsqu'elles sont aux prises avec des régimes ou des situations sociales qui présument ou exigent qu'elles possèdent un ensemble de capacités différent de celui qu'elles possèdent. Pour garantir la participation égale des personnes atteintes d'une déficience, il faudra changer ces situations de bien des manières, selon les capacités de la personne en question. Dans chaque cas, la question sera non pas de savoir si l'État a exclu toutes les personnes atteintes d'une déficience ou s'il a omis de répondre à leurs besoins en général, mais plutôt de savoir s'il a suffisamment tenu compte des besoins et de la situation de chacune d'elles. Lorsqu'un édifice du gouvernement n'est pas accessible aux personnes en fauteuil roulant, il ne suffit pas de répondre à une allégation de discrimination qu'un téléscripteur destiné aux malentendants a été installé dans le hall d'entrée.

Il va sans dire que les avantages ou les services qu'offre le gouvernement ne peuvent pas être entièrement sur mesure. En pratique, il est souvent nécessaire d'adopter des solutions générales qui sont inévitablement susceptibles de ne pas répondre parfaitement aux besoins de chacun, spécialement dans le contexte d'un régime général d'indemnisation comme celui des accidentés du travail examiné en l'espèce. Il est souvent nécessaire, dans

on available medical evidence and use the resulting classifications to process the claims made by beneficiaries. This approach is necessary, both for reasons of administrative efficiency and to ensure fairness in processing large numbers of claims. In addition, the beneficiaries themselves benefit from the reduced transaction costs and speed achieved through such techniques, and without which large-scale compensation might well be impossible. The state should therefore benefit from a certain margin of appreciation in this exercise, but it cannot be exempted from the requirements of s. 15(1) of the *Charter*. The distinction made will not be allowed to stand when it, intentionally or not, violates the essential human dignity of the individuals affected and thus constitutes discrimination.

ces régimes, de classer diverses lésions et maladies en fonction des données médicales disponibles et d'utiliser les catégories ainsi créées pour traiter les demandes des bénéficiaires. Une telle approche s'impose tant pour des raisons d'efficacité administrative que pour assurer le traitement équitable d'un grand nombre de demandes. De plus, les bénéficiaires profitent eux-mêmes de la diminution des coûts d'opération et de l'accélération du processus auxquelles contribuent ces techniques, sans lesquelles l'indemnisation à grande échelle pourrait bien se révéler impossible. L'État doit donc disposer d'une certaine latitude à cet égard, mais il ne peut pas échapper aux exigences du par. 15(1) de la *Charte*. La distinction établie ne peut pas être maintenue lorsque, peu importe que ce soit voulu ou non, elle porte atteinte à la dignité essentielle des personnes touchées et est, de ce fait, discriminatoire.

83

Thus, I now turn to the third branch of the *Law* test, which asks whether the differential treatment based on an enumerated or analogous ground is discriminatory in a substantive sense. The substantive discrimination test, however, is demanding, and the distinction drawn in this case, like many other disability-based distinctions, will stand to survive or fail the s. 15(1) analysis at this stage.

Je passe maintenant au troisième volet du critère de l'arrêt *Law*, qui consiste à se demander si la différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue est réellement discriminatoire. Le critère de la discrimination réelle est toutefois exigeant et c'est à cette étape que, à l'instar de bien d'autres distinctions fondées sur une déficience, la distinction établie en l'espèce résistera ou ne résistera pas à l'analyse fondée sur le par. 15(1).

(c) *Substantive Discrimination*

c) *Discrimination réelle*

84

A violation of s. 15(1) of the *Charter* will only be established when, beyond the existence of differential treatment based on an enumerated or analogous ground, the claimant proves that such differential treatment is truly discriminatory. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 174-75, McIntyre J. described discrimination as follows:

Il n'y aura violation du par. 15(1) de la *Charte* que si, outre l'existence d'une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue, le demandeur établit que cette différence de traitement est réellement discriminatoire. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 174-175, le juge McIntyre définit ainsi la discrimination :

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées

solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Iacobucci J., writing for a unanimous Court in *Law, supra*, stated at para. 51, that the substantive discrimination analysis must be informed by the purpose of s. 15(1), which is "to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration". Human dignity, in turn,

is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

(*Law*, at para. 53)

Iacobucci J. went on to identify four contextual factors which may be referred to in order to determine whether the challenged legislation demeans the essential human dignity of the affected person or group. These factors are: (1) the presence of pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice directed at this person or group; (2) the correspondence, or lack thereof, between the ground upon which the differential treatment is based and the actual needs, characteristics and circumstances

sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Dans l'arrêt *Law*, précité, par. 51, le juge Iacobucci a affirmé, au nom de la Cour à l'unanimité, que l'analyse visant à déterminer l'existence de discrimination réelle doit tenir compte de l'objet du par. 15(1), qui est « d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération ». Par contre, la dignité humaine

est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

(*Law*, par. 53)

Le juge Iacobucci a ensuite énoncé quatre facteurs contextuels pouvant servir à déterminer si la disposition contestée porte atteinte à la dignité essentielle de la personne ou du groupe touché. Ces facteurs sont : (1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité dont est l'objet la personne ou le groupe touché, (2) la correspondance — ou l'absence de correspondance — entre le motif sur lequel la différence de traitement est fondée et les besoins,

of the affected person or group; (3) the ameliorative purpose or effect of the legislation upon a more disadvantaged group; and (4) the nature of the interest affected by the legislation. This list, of course, is not exhaustive, the goal of the analysis in each case being to determine whether a reasonable and dispassionate person, fully apprised of all the circumstances and possessed of similar attributes to the claimant, would conclude that his or her essential dignity had been adversely affected by the law. For the same reason, not all factors will be relevant in each case. The enquiry always remains a contextual rather than a mechanical one: *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, at para. 46.

(i) Pre-existing Disadvantage

86

The appellants allege that chronic pain sufferers have been subjected to historical disadvantage as a result of stereotypes concerning the nature and causes of their disability. As they describe it, “[t]he stereotypical assumption is that chronic pain is caused by psychosocial factors, litigation or secondary gain as opposed to employment related trauma” (appellants’ factum, at para. 108). In other words, in the appellants’ submission, the particular characteristics of chronic pain syndrome and related medical conditions, such as their persistence beyond the normal healing time for the underlying injury and the apparent lack of physical manifestations supporting the sufferer’s complaint of continuing pain, have led to a common misconception, rising to the level of an invidious social stereotype, that persons affected by chronic pain do not suffer from a legitimate medical condition but are malingering, frequently with a view to financial benefits, or that their pain stems from weakness of character rather than from the injury itself.

87

The respondents, on the contrary, argue that, although chronic pain is a legitimate medical

les caractéristiques et la situation véritables de la personne ou du groupe touché, (3) l’objet ou l’effet d’amélioration de la mesure législative en cause eu égard à un groupe défavorisé dans la société, et (4) la nature du droit touché par cette mesure législative. Il est évident que cette liste n’est pas exhaustive, l’analyse ayant pour objet, dans chaque cas, de déterminer si une personne raisonnable et impartiale, bien informée de toutes les circonstances et dotée d’attributs semblables à ceux du demandeur, conclurait que la règle de droit en cause porte atteinte à sa dignité essentielle. Cela explique également pourquoi les facteurs ne sont pas tous pertinents dans chaque cas. L’examen doit toujours se faire en contexte plutôt que de manière mécanique : *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, par. 46.

(i) Préexistence d’un désavantage

Les appelants allèguent que les personnes souffrant de douleur chronique ont, de tout temps, été défavorisées en raison de stéréotypes concernant la nature et les causes de leur déficience. Selon eux, [TRADUCTION] « [l’]opinion toute faite des gens veut que la douleur chronique soit due à des facteurs psychosociaux, aux litiges ou aux gains secondaires, et non à un traumatisme lié au travail » (mémoire des appelants, par. 108). En d’autres termes, les appelants font valoir que les caractéristiques particulières du syndrome de la douleur chronique et des états médicaux qui y sont associés — telles la persistance de la douleur après le délai normal de guérison de la lésion qui l’a causée au départ et l’absence apparente de symptômes physiques expliquant la douleur constante dont se plaint une personne — sont à l’origine de l’opinion courante erronée — allant jusqu’à un stéréotype social déplorable — voulant que les personnes souffrant de douleur chronique n’aient pas de problème de santé, mais feignent leur mal, souvent afin d’obtenir des avantages pécuniaires, ou que leur douleur soit imputable à leur faiblesse de caractère plutôt qu’à la lésion qu’elles ont subie.

Les intimés soutiennent au contraire que, même si la douleur chronique constitue un problème de

condition, no such widespread invidious stereotypes against chronic pain sufferers exist in society beyond the stereotypes associated with all injured workers, who are sometimes erroneously suspected of malingering. Thus, the respondents conclude, the appellants have failed to establish their case under this first contextual factor, as it requires them to establish not only that they are affected by the general pre-existing disadvantage or stereotypes applicable to all injured workers, but also that they have been subject to greater historical disadvantage or stereotypes.

In my view, this last part of the respondents' argument is without merit. They rely on *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, for the proposition that the appellants must demonstrate prejudice or stereotyping that is distinct from that experienced by the comparator group. In *Corbiere*, this Court considered a s. 15(1) challenge to a provision of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which provided that only band members ordinarily resident on the reserve were entitled to vote in band elections. While both McLachlin and Bastarache J.J., writing for the majority, and L'Heureux-Dubé J., writing for a minority of four, recognized that off-reserve Aboriginal band members had been subject to particular historical disadvantage compared to those living on-reserve, nowhere can the suggestion be found that such relative disadvantage is a necessary condition for the first contextual factor to point towards discrimination. This point was eloquently made by Iacobucci J. in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 69, where he stated that "this enquiry does not direct the appellants and respondents to a 'race to the bottom', i.e., the claimants are not required to establish that they are more disadvantaged than the comparator group". See also *Granovsky, supra*, at para. 67. Thus, while a finding of relative disadvantage may in certain cases be helpful to the claimant, the absence of relative disadvantage should in my view be seen as neutral when, as is the case here, the claimants belong to a larger group — disabled persons — who have

santé, les personnes souffrant de cette douleur ne sont pas davantage l'objet de ces stéréotypes déplorables répandus qui s'ajoutent à ceux liés à tous les accidentés du travail, parfois soupçonnés à tort de feindre leur mal. Ils concluent donc que les appelants n'ont pas établi le bien-fondé de leur demande au regard de ce premier facteur contextuel qui les oblige à prouver non seulement qu'ils sont touchés par le désavantage ou les stéréotypes généraux préexistants dont sont l'objet tous les accidentés du travail, mais également qu'ils ont, de tout temps, été plus défavorisés ou davantage l'objet de stéréotypes.

Selon moi, cette dernière partie de l'argumentation des intimés est sans fondement. Ils invoquent l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, à l'appui de leur prétention que les appelants doivent prouver l'existence de préjugés ou de stéréotypes différents de ceux dont sont l'objet les membres du groupe de comparaison. Dans cette affaire, notre Cour était saisie de la contestation, fondée sur le par. 15(1), d'une disposition de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui prévoyait que seuls les membres d'une bande résidant ordinairement dans une réserve étaient habiles à voter aux élections de la bande. Tout en reconnaissant que les membres des bandes indiennes résidant hors des réserves avaient, de tout temps, été l'objet d'un désavantage particulier par rapport aux membres des bandes indiennes résidant dans une réserve, les juges McLachlin et Bastarache, s'exprimant au nom des juges majoritaires, et la juge L'Heureux-Dubé, au nom des quatre juges minoritaires, n'ont aucunement indiqué que l'existence d'un tel désavantage relatif était nécessaire pour conclure à l'existence de discrimination au regard du premier facteur contextuel. Dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 69, le juge Iacobucci a fait remarquer, de manière éloquente, que « cet examen n'engage pas les parties appelantes et les intimés dans une "course vers le bas", en d'autres mots les demandeurs ne sont pas tenus de démontrer qu'ils sont plus défavorisés que le groupe de comparaison ». Voir également l'arrêt *Granovsky*, précité, par. 67. En conséquence, quoique la conclusion à l'exis-

experienced historical disadvantage or stereotypes.

tence d'un désavantage relatif puisse, dans certains cas, être utile au demandeur, j'estime que l'absence d'un tel désavantage ne doit pas être perçue comme n'ayant aucune incidence dans un cas où, comme en l'espèce, les demandeurs font partie d'un groupe plus large — celui des personnes atteintes d'une déficience —, dont les membres ont, de tout temps, été l'objet d'un désavantage ou de stéréotypes.

89 But there is more. Sometimes, as in the case at bar, the lack of correspondence between the differential treatment to which the claimants are subject and their actual needs, capacities and circumstances is at the heart of the s. 15(1) claim to such an extent as to make a relative disadvantage analysis largely inappropriate. This is particularly true when distinctions are drawn between various types of mental or physical disabilities, because, as I noted above, the rationale underlying the prohibition of disability-based discrimination is the imperative to recognize the needs, capacities and circumstances of persons suffering from widely different disabilities in a vast range of social contexts. It can be no answer to a charge of discrimination on that basis to allege that the particular disability at issue is not subject to particular historical disadvantage or stereotypes beyond those visited upon other disabled persons. Indeed, the contrary position could potentially relieve the state from its obligation to accommodate or otherwise recognize many disabilities that, despite their severity, are not subject to widespread stereotypes or particular historical disadvantage. Such a result would run contrary to the very meaning of equality in that context and cannot be condoned.

Mais il y a plus. Parfois, comme en l'espèce, l'absence de correspondance entre le traitement différent réservé aux demandeurs et leurs capacités, situation et besoin véritables revêt une importance tellement fondamentale dans leur demande fondée sur le par. 15(1) que l'analyse portant sur le désavantage relatif devient, dans une large mesure, inutile. Cela est particulièrement vrai dans le cas où des distinctions sont établies entre divers types de déficience mentale ou physique, car, comme nous l'avons vu, la raison d'être de l'interdiction de la discrimination fondée sur une déficience est l'importance de reconnaître les besoins, les capacités et la situation de personnes qui, dans des contextes sociaux très variés, sont atteintes de déficiences très différentes les unes des autres. Pour repousser une accusation de discrimination fondée sur ce motif, il ne suffit pas d'alléguer que la déficience en cause n'est pas à l'origine de certains stéréotypes ou d'un certain désavantage historique s'ajoutant à ceux dont sont l'objet d'autres personnes atteintes d'une déficience. En fait, l'opinion contraire pourrait contribuer à soustraire l'État à son obligation de prendre en considération ou de reconnaître, par ailleurs, bon nombre de déficiences qui, malgré leur gravité, ne sont pas à l'origine de stéréotypes répandus ou d'un désavantage historique particulier. Un tel résultat irait à l'encontre du sens même de l'égalité dans ce contexte et, de ce fait, est inadmissible.

90 For these reasons, I do not find it necessary to determine, based on the limited evidence before us, whether chronic pain sufferers have historically been subject to disadvantage or stereotypes beyond those affecting other injured workers. It will be sufficient to note that many elements seem to point in that direction. Most importantly, the medical reports introduced as evidence often mention the inaccurate negative assumptions towards chronic pain sufferers

Pour ces raisons et compte tenu de la preuve limitée dont nous sommes saisis, je juge inutile de décider si les personnes souffrant de douleur chronique ont, de tout temps, été l'objet d'un désavantage ou de stéréotypes s'ajoutant à ceux dont sont l'objet les autres accidentés du travail. Il suffit de souligner que de nombreux facteurs semblent indiquer que oui. Qui plus est, les rapports médicaux produits en preuve font souvent état d'hypothèses

widely held by employers, compensation officials and the medical profession itself. They identify the correction of negative assumptions and attitudes of this kind as a significant step in improving the treatment of chronic pain. The troubling comments made by some case workers in the Laseur file appear to betray such negative assumptions. Thus, statements that Ms. Laseur had “fallen into the usual chronic pain picture” and that “[t]his is basically a chronic pain problem, perhaps even a chronic pain syndrome although she seems to be a very pleasant individual with not the usual features of this type of problem” were clearly inappropriate and suggest that Ms. Laseur’s claim may have been treated on the basis of presumed group characteristics rather than on its own merits. Finally, the medical experts recognize that chronic pain syndrome is partially psychological in nature, resulting as it does from many factors both physical and mental. This Court has consistently recognized that persons with mental disabilities have suffered considerable historical disadvantage and stereotypes: *Granovsky, supra*, at para. 68; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 994; *Winko, supra*, at paras. 35 *et seq.* Although the parties have argued the s. 15(1) case on the basis that chronic pain is a “physical disability”, the widespread perception that it is primarily, or even entirely, psychosomatic may have played a significant role in reinforcing negative assumptions concerning this condition.

While all these indicia point to relative disadvantage, it is not necessary to decide whether the evidence before us is sufficient to establish that the negative assumptions associated with chronic pain are so harmful, widespread or socially embedded as to rise to the level of “historical disadvantage” or “invidious stereotype”. This is because, in my view, the gravamen of the appellants’ s. 15 claim is the lack of correspondence between the differential

négatives inexactes que les employeurs, les agents d’indemnisation et les médecins eux-mêmes émettent à l’égard des personnes souffrant de douleur chronique. Ils précisent que l’élimination de ce type d’hypothèses et d’attitudes négatives contribuerait sensiblement à améliorer le traitement de la douleur chronique. Les observations troublantes de certains agents chargés de traiter le dossier Laseur paraissent refléter de telles hypothèses négatives. Ainsi, les affirmations voulant que M^{me} Laseur ait semblé [TRADUCTION] « avoir développé le profil habituel de la personne souffrant de douleur chronique », et qu’il s’agisse « essentiellement d’un problème de douleur chronique, peut-être même du syndrome de la douleur chronique, bien qu’elle semble être une personne très charmante qui ne présente pas les caractéristiques habituellement associées à ce genre de problème », étaient manifestement déplacées et indiquent qu’il se peut qu’on ait traité la demande de M^{me} Laseur en fonction de présumées caractéristiques de groupe plutôt qu’en fonction de son propre bien-fondé. Enfin, les experts en médecine reconnaissent que le syndrome de la douleur chronique est partiellement de nature psychologique du fait qu’il tient à maints facteurs tant physiques que mentaux. Notre Cour a toujours reconnu que les personnes atteintes d’une déficience mentale ont, de tout temps, été l’objet de nombreux stéréotypes en plus d’être grandement désavantagées : *Granovsky*, précité, par. 68; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 994; *Winko*, précité, par. 35 *et suiv.* Bien que, dans leur argumentation fondée sur le par. 15(1), les parties aient tenu pour acquis que la douleur chronique est une « déficience physique », la perception générale selon laquelle cette douleur est essentiellement, voire entièrement, psychosomatique peut avoir contribué de façon importante à renforcer des hypothèses négatives concernant cet état.

Bien que tous ces facteurs tendent à indiquer l’existence d’un désavantage relatif, il n’est pas nécessaire de décider si la preuve dont nous sommes saisis est suffisante pour établir que les hypothèses négatives liées à la douleur chronique sont si préjudiciables, répandues ou enracinées dans la société qu’elles sont à l’origine d’un « désavantage historique » ou d’un « stéréotype déplorable ». J’estime que cela s’explique par le fait que la demande que

treatment imposed by the Act and the true needs and circumstances of chronic pain sufferers: see generally *Law, supra*, at paras. 64-65. I therefore turn to this question.

(ii) Correspondence with the Needs, Capacities and Circumstances of the Claimants

92

The second contextual factor to be considered is the relationship between the ground of distinction — here the presence of disability caused by chronic pain — and the actual needs, capacities and circumstances of the group to which the claimants belong. In other words, does the separate regime for chronic pain under the Act and the FRP Regulations take into account the actual needs, capacity or circumstances of workers suffering from chronic pain in a manner that respects their value as human beings and as members of Canadian society?

93

In answering this question, it is vital to keep in mind the rationale underlying the prohibition of discrimination based on disability. As I stated above, this rationale is to allow for the recognition of the special needs and actual capacities of persons affected by a broad variety of different disabilities in many different social contexts. In accordance with this rationale, s. 15(1) requires a considerable degree of reasonable accommodation and adaptation of state action to the circumstances of particular individuals with disabilities. Of course, classification and standardization are in many cases necessary evils, but they should always be implemented in such a way as to preserve the essential human dignity of individuals.

94

Another vital consideration in a case such as this one is the overall purpose of the legislative scheme at issue: see *Gibbs, supra*, at para. 34; *Granovsky, supra*, at para. 62. A classification that results in depriving a class from access to certain benefits is much more likely to be discriminatory when it is

les appelants ont présentée en vertu de l'art. 15 repose essentiellement sur l'absence de correspondance entre la différence de traitement prescrite par la Loi et les besoins et la situation véritables des personnes souffrant de douleur chronique : voir, de manière générale, l'arrêt *Law*, précité, par. 64-65. Je passe maintenant à l'examen de cette question.

(ii) Correspondance avec les besoins, les capacités et la situation des demandeurs

Le deuxième facteur contextuel à prendre en considération est le lien entre le motif de distinction — en l'espèce, l'incapacité due à la douleur chronique — et les besoins, les capacités et la situation véritables des membres du groupe auquel appartiennent les demandeurs. En d'autres termes, le régime distinct que la Loi et le Règlement établissent en matière de douleur chronique tient-il compte des besoins, des capacités et de la situation véritables des travailleurs souffrant de douleur chronique d'une manière qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et membres de la société canadienne?

Pour répondre à cette question, il est essentiel de se rappeler la raison d'être de l'interdiction de la discrimination fondée sur une déficience. Comme je l'ai déjà affirmé, la raison d'être de cette interdiction est de permettre la reconnaissance des besoins particuliers et des capacités véritables de personnes qui, dans des contextes sociaux très variés, sont atteintes de déficiences très différentes les unes des autres. Conformément à cette raison d'être, le par. 15(1) oblige l'État à agir, dans une large mesure, d'une manière qui tienne compte raisonnablement de la situation particulière de certaines personnes atteintes d'une déficience. Il va sans dire que, même si, dans bien des cas, l'établissement de catégories et la normalisation sont des maux nécessaires, il faut toujours y procéder dans le respect de la dignité des personnes concernées.

L'objectif global du régime législatif en cause est un autre facteur essentiel qui doit être pris en considération dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis : voir *Gibbs*, précité, par. 34; *Granovsky*, précité, par. 62. Une classification ayant pour effet de priver de certains avantages une

not supported by the larger objectives pursued by the challenged legislation. In the case at bar, the objectives of the workers' compensation scheme are clear. As explained in *Pasiechnyk, supra*, the scheme embodies a historical trade-off between employers and workers. While the former are protected by s. 28 of the Act against the possibility of being sued in tort for work-related injuries, the latter are guaranteed a reasonable amount of compensation for such injuries without being subject to the costs, delays and uncertainties of an action before the courts. In order to obtain compensation, employees must establish that their personal injury was caused by an accident arising "out of and in the course of employment" (s. 10(1)).

The challenged provisions, however, while maintaining the bar to tort actions, exclude chronic pain from the purview of the general compensation scheme provided for by the Act. Thus, no earning replacement benefits, permanent impairment benefits, retirement annuities, vocational rehabilitation services or medical aid can be provided with respect to chronic pain. Employers are also exempt from the duties to re-employ them and accommodate their disability, which are normally imposed by the Act. Instead, workers injured on or after February 1, 1996, who suffer from chronic pain are entitled to a four-week Functional Restoration Program, after which no further benefits are available. In addition, if a chronic pain claim is not asserted within a year of the accident taking place, no benefit will be provided at all. Workers injured before March 23, 1990, are excluded from all benefits under the Act with respect to chronic pain. Finally, workers injured in the interim period are subject to transitional provisions whose constitutionality is not at issue before us.

The respondents allege that this blanket exclusion of chronic pain claims responds to the actual

catégorie de personnes est d'autant plus susceptible d'être discriminatoire si elle ne s'appuie pas sur les objectifs généraux de la loi contestée. Dans la présente affaire, les objectifs du régime d'indemnisation des accidentés du travail sont clairs. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Pasiechnyk*, précité, ce régime est un compromis historique entre employeurs et employés. Aux termes de l'art. 28 de la Loi, l'employeur est protégé contre l'éventualité d'une poursuite en responsabilité délictuelle pour des lésions liées au travail, alors que l'employé qui a subi ces lésions est assuré de toucher une indemnité raisonnable sans s'exposer aux coûts, aux délais et aux aléas d'une action en justice. Pour être indemnisé, l'employé doit prouver que sa lésion corporelle est due à un accident survenu [TRADUCTION] « du fait et au cours de l'emploi » (par. 10(1)).

Cependant, bien qu'elles continuent d'interdire les actions en responsabilité délictuelle, les dispositions contestées excluent la douleur chronique du champ d'application du régime général d'indemnisation établi par la Loi. Ainsi, le travailleur souffrant de douleur chronique n'a pas droit à des prestations de remplacement du revenu ou pour incapacité permanente, à une pension de retraite, à des services de réadaptation professionnelle ou à des soins médicaux. L'employeur est également soustrait aux obligations légales — qui lui incombent normalement — de réemployer le travailleur et de tenir compte de son incapacité. Le travailleur souffrant de douleur chronique due à une lésion subie le 1^{er} février 1996 ou après cette date a plutôt droit à un programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible. De plus, le travailleur qui omet de présenter sa demande fondée sur la douleur chronique dans l'année qui suit l'accident n'a droit à aucun avantage. Le travailleur ayant subi une lésion avant le 23 mars 1990 n'a droit à aucun des avantages que la Loi prévoit dans le cas des personnes souffrant de douleur chronique. Enfin, le travailleur ayant subi une lésion dans l'intervalle est assujéti à des dispositions transitoires dont la constitutionnalité n'est pas contestée devant nous.

Les intimés allèguent que cette exclusion générale des demandes fondées sur la douleur chronique

needs and circumstances of workers suffering from chronic pain. In their submission, the combination of early medical intervention through the Functional Restoration Program and an immediate cut-off of benefits is the optimal strategy to favour early return to work, which has been identified in medical studies as the most promising approach to the treatment of chronic pain.

97 I am unable to agree that the challenged provisions are sufficiently responsive to the needs and circumstances of chronic pain sufferers to satisfy the second contextual factor. Although the medical evidence before us does point to early intervention and return to work as the most promising treatment for chronic pain, it also recognizes that, in many cases, even this approach will fail. It is an unfortunate reality that, despite the best available treatment, chronic pain frequently evolves into a permanent and debilitating condition. Yet, under the Act and the FRP Regulations, injured workers who develop such permanent impairment as a result of chronic pain may be left with nothing: no medical aid, no permanent impairment or income replacement benefits, and no capacity to earn a living on their own. This cannot be consistent with the purpose of the Act or with the essential human dignity of these workers.

98 Others, more fortunate, may only be partially incapacitated by chronic pain, and it is natural that they be encouraged to rejoin the workforce. Beyond simply cutting off all benefits, however, the Act does little to assist their return to work. Workers unable to return to their previous physically strenuous employment because of recurrent chronic pain are not eligible for vocational rehabilitation training under the Act. Ms. Laseur, for instance, had to finance her retraining out of her own savings and by borrowing from her family, resources many injured workers likely will not have. Others, who need some accommodation in the workplace in order to remain productive despite their chronic pain, cannot request

tient compte des besoins et de la situation véritables des travailleurs souffrant d'une telle douleur. À leur avis, l'intervention médicale prompte qu'assure le programme de rétablissement fonctionnel, jumelée au retrait immédiat des avantages, est la meilleure stratégie pour hâter le retour au travail, que des études médicales ont qualifiée d'approche la plus prometteuse en matière de traitement de la douleur chronique.

Je ne puis convenir que, en ce qui concerne le deuxième facteur contextuel, les dispositions contestées tiennent suffisamment compte des besoins et de la situation des personnes souffrant de douleur chronique. Bien qu'elle indique effectivement que l'intervention prompte et le retour rapide au travail représentent l'approche la plus prometteuse en matière de traitement de la douleur chronique, la preuve médicale dont nous sommes saisis reconnaît également que, dans bien des cas, même cette approche échoue. En réalité, malheureusement, il arrive souvent que le meilleur traitement disponible n'empêche pas la douleur chronique de devenir un état permanent et débilitant. Pourtant, sous le régime de la Loi et du Règlement, les accidentés du travail qui développent une incapacité permanente due à la douleur chronique peuvent devenir incapables de gagner leur vie, sans pouvoir bénéficier d'aucune aide notamment sous forme de soins médicaux, de prestations pour incapacité permanente ou de prestations de remplacement du revenu. Cela ne saurait être compatible ni avec l'objet de la Loi ni avec la dignité essentielle de ces travailleurs.

Chez d'autres personnes, plus fortunées, il se peut que la douleur chronique ne provoque qu'une incapacité partielle, et il est normal qu'on les encourage à retourner au travail. Toutefois, hormis le retrait pur et simple de tout avantage, la Loi ne fait pas grand-chose pour encourager le retour au travail. Le travailleur incapable, en raison d'une douleur récurrente, de réintégrer son ancien poste — qui commande un effort physique important — n'est pas admissible au programme de réadaptation professionnelle prévu par la Loi. Par exemple, M^{me} Laseur a dû puiser dans ses économies et emprunter à un membre de sa famille pour se recycler, ce qui est vraisemblablement impossible pour un bon

such accommodation under the Act, unlike workers affected by virtually any other disability caused by a work-related accident. Their employer will even be exempt from the duty to re-employ them.

In my view, it simply cannot be said that the regime as it stands sufficiently corresponds to the needs and circumstances of injured workers suffering from chronic pain for the second contextual factor to point away from discrimination. The separate regime set up for chronic pain under the Act thus stands in sharp contrast to the one upheld by this Court in *Winko, supra*. In that appeal, this Court held that s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provided that, following a verdict declaring an accused not criminally responsible on account of mental disorder, a court or Review Board could direct that the accused be discharged (with or without conditions) or detained in a hospital, did not infringe the s. 15(1) rights of mentally impaired criminal defendants. In that case, the key to the finding of non-discrimination was the combination of individualized assessment and adequate treatment provided by the *Criminal Code*. As McLachlin J. stated, at paras. 88-89:

The essence of stereotyping, as mentioned above, lies in making distinctions against an individual on the basis of personal characteristics attributed to that person not on the basis of his or her true situation, but on the basis of association with a group: *Andrews, supra*, at pp. 174-75; *Law, supra*, at para. 61. The question is whether Part XX.1 in effect operates against individual NCR accused in this way. In my view, it does not. At every stage, Part XX.1 treats the individual NCR accused on the basis of his or her actual situation, not on the basis of the group to which he or she is assigned. Before a person comes under Part XX.1, there must be an individual assessment by a trial judge based on evidence with full access to counsel and other constitutional safeguards. A person falls under Part XX.1 only if the judge is satisfied that he or she was

nombre d'accidentés du travail. D'autres personnes ne peuvent, en vertu de la Loi, demander le réaménagement de leur lieu de travail qui leur permettrait de demeurer productives malgré la douleur chronique dont elles souffrent, à la différence des travailleurs qui souffrent d'à peu près n'importe quelle autre incapacité due à un accident du travail. Leur employeur n'est même pas tenu de les réemployer.

À mon avis, on ne peut tout simplement pas dire que, dans son état actuel, le régime tient suffisamment compte de la situation et des besoins des accidentés du travail souffrant de douleur chronique pour qu'il soit possible de conclure à l'absence de discrimination au regard du deuxième facteur contextuel. Le régime distinct auquel la Loi assujettit les personnes souffrant de douleur chronique est donc fort différent de celui dont notre Cour a confirmé la validité dans l'arrêt *Winko*, précité. Dans cette affaire, notre Cour a statué que l'art. 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, voulant qu'une cour de justice ou une commission d'examen puisse ordonner la libération (conditionnelle ou inconditionnelle) de l'accusé ou sa détention dans un hôpital, dans le cas où celui-ci obtenait un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, ne portait pas atteinte aux droits que le par. 15(1) garantit aux défendeurs atteints de déficience mentale. Dans cette affaire, la conclusion de non-discrimination s'expliquait essentiellement par la combinaison — prévue par le *Code criminel* — d'une évaluation individuelle et d'un traitement approprié. Comme l'a affirmé la juge McLachlin, aux par. 88-89 :

L'essence d'un stéréotype, comme je l'ai indiqué précédemment, consiste à faire une distinction sur la base de caractéristiques personnelles qui sont attribuées à une personne non pas à partir de sa situation véritable, mais en raison de son association avec un groupe : *Andrews*, précité, aux pp. 174 et 175; *Law*, précité, au par. 61. La question est de savoir si la partie XX.1 crée une telle discrimination à l'égard de l'accusé non responsable criminellement. J'estime que non. À chacune des étapes, la partie XX.1 traite l'accusé non responsable criminellement selon sa situation véritable, et non en fonction du groupe auquel il est associé. Avant qu'une personne ne soit assujettie à la partie XX.1, le juge du procès doit effectuer une évaluation individuelle à partir de la preuve, tout en protégeant pleinement le droit d'être

unable to know the nature of the criminal act or that it was wrong. The assessment is based on the individual's situation. It does not admit of inferences based on group association. More importantly, the disposition of the NCR accused is similarly tailored to his or her individual situation and needs, and is subject to the overriding rule that it must always be the least restrictive avenue appropriate in the circumstances. Finally, the provision for an annual review (at a minimum) of the individual's status ensures that his or her actual situation as it exists from time to time forms the basis of how he or she is to be treated.

This individualized process is the antithesis of the logic of the stereotype, the evil of which lies in prejudging the individual's actual situation and needs on the basis of the group to which he or she is assigned. [Emphasis added.]

See also: *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

On the contrary, the treatment of injured workers suffering from chronic pain under the Act is not based on an evaluation of their individual situations, but rather on the indefensible assumption that their needs are identical. In effect, the Act stamps them all with the "chronic pain" label, deprives them of a personalized evaluation of their needs and circumstances, and restricts the benefits they can receive to a uniform and strictly limited program.

100

Finally, the chronic pain provisions of the Act also differ from the welfare scheme that was challenged in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84. The impugned regulations in that case required unemployed youth under 30 years of age to take part in educational or training programmes as a condition for receiving the same level of social assistance payment available to unemployed persons aged 30 or over. The majority held that the requirement that youth participate in programs intended to improve their employment prospects did not communicate stereotypes

représenté par avocat et les autres garanties constitutionnelles. La partie XX.1 ne s'applique que lorsque le juge est convaincu que la personne n'était pas en mesure de savoir que l'acte était criminel ou mauvais. L'évaluation se fonde sur la situation personnelle de l'intéressé. Elle n'admet aucune inférence fondée sur l'association avec un groupe. Plus encore, la décision tient compte de la situation et des besoins personnels de l'accusé et, en outre, elle est assujettie à la règle primordiale selon laquelle il doit toujours s'agir de l'avenue la moins privative de liberté dans les circonstances. Enfin, l'examen qui a eu lieu (au moins) une fois l'an garantit à l'intéressé un traitement fondé sur l'évolution de sa situation personnelle évaluée périodiquement.

Ce processus individualisé est l'antithèse même de la logique du stéréotype, dont le mal consiste à préjuger de la situation et des besoins véritables de l'individu en raison du groupe auquel on l'associe. [Je souligne.]

Voir également : *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

À l'opposé, le traitement que prévoit la Loi, en ce qui concerne les accidentés du travail souffrant de douleur chronique, repose non pas sur une évaluation de la situation de chacun, mais plutôt sur l'hypothèse indéfendable de l'identité de leurs besoins. Ainsi, la Loi leur appose tous l'étiquette « douleur chronique », leur refuse l'évaluation individuelle de leur situation et de leurs besoins et restreint les avantages auxquels ils ont droit à un programme uniforme et très limité.

Enfin, les dispositions de la Loi relatives à la douleur chronique diffèrent également du régime d'aide sociale attaqué dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84. Dans cette affaire, le règlement contesté obligeait les jeunes chômeurs de moins de 30 ans à participer à des programmes de formation ou de stages en milieu de travail pour pouvoir toucher le montant d'aide sociale auquel avaient droit les chômeurs de 30 ans et plus. Les juges majoritaires ont statué que cette exigence que les jeunes participent à des programmes destinés à améliorer leurs

or demeaning messages about young people. The majority also held that Ms. Gosselin had not satisfied her burden of proof by establishing on a balance of probabilities that she or other class members were effectively prevented from participating in the programmes (see paras. 46-54). Since Ms. Gosselin and class members did not show that they were effectively excluded from the protection against extreme poverty afforded by the social security scheme and since the conditions for receiving the basic social assistance did not force young persons to do something that demeaned their dignity or human worth, the majority concluded that the welfare scheme was not discriminatory (see para. 52).

In contrast to the scheme upheld in *Gosselin*, *supra*, the chronic pain regime under the Act not only removes the appellants' ability to seek compensation in civil actions, but also excludes chronic pain sufferers from the protection available to other injured workers. It also ignores the real needs of workers who are permanently disabled by chronic pain by denying them any long-term benefits and by excluding them from the duty imposed upon employers to take back and accommodate injured workers. The Act thus sends a clear message that chronic pain sufferers are not equally valued and deserving of respect as members of Canadian society. In my view, the second contextual factor clearly points towards discrimination.

(iii) Ameliorative Purpose

There can be no serious argument here that the differential treatment is aimed at improving the circumstances of some other, more disadvantaged group. While some individuals in the comparator group — injured workers without chronic pain — may be more severely disabled than the appellants,

chances de se trouver un emploi ne véhiculait aucun stéréotype ou message dégradant à leur sujet. Les juges majoritaires ont également conclu que M^{me} Gosselin ne s'était pas acquittée de son obligation d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle ou d'autres membres du groupe en question étaient effectivement empêchés de participer aux programmes (voir par. 46-54). Les juges majoritaires ont décidé que le régime d'aide sociale n'était pas discriminatoire étant donné que M^{me} Gosselin et les autres membres du groupe n'avaient pas établi qu'ils avaient effectivement été privés de la protection du régime d'aide sociale contre la pauvreté extrême, et que les conditions requises pour obtenir le montant d'aide sociale de base ne contraignaient pas les jeunes à agir d'une manière qui porterait atteinte à leur dignité ou à leur valeur en tant qu'êtres humains (voir par. 52).

Contrairement au régime dont la validité a été confirmée dans l'arrêt *Gosselin*, précité, celui que la Loi établit en matière de douleur chronique empêche non seulement les appelants d'intenter une action en indemnisation au civil, mais encore les personnes souffrant de douleur chronique de bénéficier de la protection offerte aux autres accidentés du travail. De plus, le régime ne tient pas compte des besoins véritables des travailleurs souffrant d'une incapacité permanente due à la douleur chronique, du fait qu'il leur refuse tout avantage à long terme et qu'il prévoit que l'obligation qui incombe à l'employeur de réemployer les accidentés du travail et de prendre des mesures d'adaptation à leur égard ne s'applique pas à eux. La Loi envoie donc le message clair que les personnes souffrant de douleur chronique n'ont pas la même valeur et ne méritent pas le même respect en tant que membres de la société canadienne. Je suis d'avis qu'il y a clairement discrimination au regard du deuxième facteur contextuel.

(iii) L'objet d'amélioration

L'on ne saurait prétendre sérieusement en l'espèce que la différence de traitement vise à améliorer la situation d'un autre groupe plus défavorisé. Même si l'incapacité de certains membres du groupe de comparaison — les accidentés du travail qui ne souffrent pas de douleur chronique — peut être plus

there is no evidence that the comparator group as a class is in a more disadvantaged position than the group of injured workers suffering from chronic pain. In addition, as discussed above, the challenged provisions are inconsistent with the ameliorative purpose of the Act, as they exclude injured workers suffering from chronic pain from the normal compensation system without regard for their actual needs and circumstances, and deprive them of an opportunity to establish the validity of their individual claim on a fair basis. While the legislature's concern to efficiently allocate resources within the workers' compensation system so as to give priority to the most severe cases is laudable, it cannot serve to shield an outright failure to recognize the actual needs of an entire category of injured workers from *Charter* scrutiny. As such, there is no ameliorative purpose upon which the respondents can rely.

(iv) Nature of the Interest Affected

103

The Court of Appeal accepted the respondents' argument that the disadvantage suffered by injured workers was solely economic in nature and that the deprivation of benefits was relatively minor. First, I believe it is important to clarify the status of economic interests in the substantive discrimination context. While a s. 15(1) claim relating to an economic interest should generally be accompanied by an explanation as to how the dignity of the person is engaged, claimants need not rebut a presumption that economic disadvantage is unrelated to human dignity. In many circumstances, economic deprivation itself may lead to a loss of dignity. In other cases, it may be symptomatic of widely held negative attitudes towards the claimants and thus reinforce the assault on their dignity.

104

In my view, given the circumstances of injured workers, particularly those who may be permanently impaired by chronic pain and have no source of support other than the provincial compensation scheme, it cannot be said that the loss of financial benefits

grave que celle des appelants, rien ne prouve que le groupe de comparaison, en tant que catégorie, est dans une situation pire que le groupe des accidentés du travail souffrant de douleur chronique. De plus, comme nous l'avons vu, les dispositions contestées sont incompatibles avec l'objet d'amélioration de la Loi, du fait qu'elles empêchent les accidentés du travail souffrant de douleur chronique de bénéficier du régime normal d'indemnisation — sans égard à leur situation et à leurs besoins véritables —, et d'établir en toute équité, dans chaque cas, la validité de leur demande. Si louable que soit le souci du législateur d'effectuer, à l'intérieur du régime d'indemnisation des accidentés du travail, une répartition rationnelle des ressources qui permettra d'accorder la priorité aux cas les plus graves, il ne saurait être invoqué pour soustraire à l'examen fondé sur la *Charte* l'omission totale de reconnaître les besoins véritables de toute une catégorie d'accidentés du travail. Les intimés ne peuvent donc invoquer aucun objet d'amélioration.

(iv) La nature de l'intérêt touché

La Cour d'appel a retenu l'argument des intimés voulant que le désavantage dont sont l'objet les accidentés du travail soit de nature purement économique et que la privation d'avantages soit relativement négligeable. Premièrement, je crois qu'il importe de clarifier l'importance des intérêts économiques dans le domaine de la discrimination réelle. Quoique la demande fondée sur le par. 15(1) et portant sur des intérêts économiques doive généralement être assortie d'une explication de la façon dont la dignité de la personne est touchée, le demandeur n'a pas à réfuter une présomption que le désavantage économique n'a rien à voir avec la dignité humaine. Dans bien des cas, le dénuement économique peut lui-même entraîner une perte de dignité. Dans d'autres cas, il peut être symptomatique d'attitudes négatives largement répandues à l'endroit des demandeurs et, de ce fait, aggraver l'atteinte à leur dignité.

À mon sens, compte tenu de la situation des accidentés du travail, en particulier ceux qui souffrent d'une incapacité permanente due à la douleur chronique et qui ne disposent d'aucune autre forme d'aide que celle émanant du régime provincial

here is a trivial matter. More importantly, I cannot agree that the interest affected by the chronic pain provisions is purely, or even primarily, economic. Beyond the financial benefits at stake, injured workers suffering from chronic pain are also denied an opportunity to access the compensation scheme available to other injured workers in the province, on the basis of the nature of their disability. They are also deprived of ameliorative benefits, such as vocational rehabilitation services, medical aid and a right to accommodation, which would clearly assist them in preserving and improving their dignity by returning to work when possible. Our Court has consistently emphasized the crucial importance of work and employment as elements of essential human dignity under s. 15(1) of the *Charter*. Indeed, in the words of Bastarache J., “work is a fundamental aspect of a person’s life” (*Lavoie, supra*, at para. 45).

Thus, far from dispelling the negative assumptions about chronic pain sufferers, the scheme actually reinforces them by sending the message that this condition is not “real”, in the sense that it does not warrant individual assessment or adequate compensation. Chronic pain sufferers are thus deprived of recognition of the reality of their pain and impairment, as well as of a chance to establish their eligibility for benefits on an equal footing with others. This message clearly indicates that, in the Nova Scotia legislature’s eyes, chronic pain sufferers are not equally valued as members of Canadian society.

The contextual enquiry mandated by *Law* could hardly lead to a clearer conclusion. I am of the view that a reasonable person in circumstances similar to those of the appellants, fully apprised of all the relevant circumstances and taking into account the above contextual factors, would conclude that the challenged provisions have the effect of demeaning

d’indemnisation, l’on ne saurait affirmer que la perte d’avantages pécuniaires est sans importance en l’espèce. Qui plus est, je ne puis convenir que les intérêts touchés par les dispositions relatives à la douleur chronique sont purement, voire essentiellement, économiques. Au-delà des avantages pécuniaires en jeu, les accidentés du travail souffrant de douleur chronique se voient également, en raison de la nature de leur incapacité, interdire l’accès au régime d’indemnisation dont peuvent se prévaloir les autres accidentés du travail de la province. Ils sont, en outre, privés d’avantages améliorateurs comme les services de réadaptation professionnelle, les soins médicaux et le droit à des mesures d’adaptation, qui les aideraient nettement à préserver et à accroître leur dignité en leur permettant de retourner au travail dès que possible. Notre Cour n’a pas cessé de souligner l’importance cruciale que le travail et l’emploi — en tant qu’éléments de la dignité humaine essentielle — revêtent pour l’application du par. 15(1) de la *Charte*. En effet, comme l’a dit le juge Bastarache, « le travail est un élément fondamental de la vie d’une personne » (*Lavoie*, précité, par. 45).

En réalité, loin d’éliminer les hypothèses négatives concernant les personnes souffrant de douleur chronique, le régime contribue plutôt à les renforcer en envoyant le message que cet état n’est pas « réel », en ce sens qu’il ne justifie ni une évaluation individuelle ni une indemnisation adéquate. Il ne reconnaît donc pas la souffrance et l’incapacité qui affligent les personnes souffrant de douleur chronique, lesquelles se voient également refuser la possibilité — qu’ont tous les autres travailleurs — d’établir leur admissibilité à des avantages. Ce message indique clairement que, pour la législature de la Nouvelle-Écosse, les personnes souffrant de douleur chronique n’ont pas la même valeur en tant que membres de la société canadienne.

L’examen contextuel que commande l’arrêt *Law* ne pourrait guère déboucher sur une conclusion plus claire. Je suis d’avis qu’une personne raisonnable placée dans une situation semblable à celle des appelants et bien informée de toutes les circonstances pertinentes conclurait, à la lumière des facteurs contextuels susmentionnés, que les dispositions

his or her dignity. Section 10B of the Act, as well as the FRP Regulations in their entirety, violate s. 15(1) of the *Charter*.

C. Section 1 of the Charter

107

The last question raised in these appeals is whether the challenged provisions, although they violate the appellants' right to equality under s. 15(1) of the *Charter*, can be saved as "reasonable limits prescribed by law" that are "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1. This question requires applying the four-step test elaborated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and summarized by Iacobucci J. in *Egan*, *supra*, at para. 182, as follows:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

(Cited with approval in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, and *Vriend*, *supra*, at para. 108.)

Under s. 1, the government must demonstrate that a limit imposed on a *Charter* right is justified in a free and democratic society. Therefore, the proper focus of enquiry under s. 1 is the limit itself. In the case at bar, the Nova Scotia government has the burden of demonstrating that the exclusion of chronic pain from the purview of the Act and the substitution of very limited, structured benefits for those normally

contestées portent atteinte à sa dignité. L'article 10B de la Loi, de même que le Règlement dans son entier, violent le par. 15(1) de la *Charte*.

C. L'article premier de la Charte

La dernière question que soulèvent les présents pourvois est de savoir si, bien qu'elles violent le droit à l'égalité garanti aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte*, les dispositions contestées peuvent être sauvegardées pour le motif que ce droit est restreint « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », conformément à l'article premier. Il convient, à ce propos, d'appliquer le critère à quatre volets établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que le juge Iacobucci a résumé ainsi, dans l'arrêt *Egan*, précité, par. 182 :

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères : (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

(Cité avec approbation dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 84, et *Vriend*, précité, par. 108.)

L'article premier oblige le gouvernement à démontrer que la restriction d'un droit garanti par la *Charte* est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il convient donc de mettre l'accent sur la restriction elle-même. Dans la présente affaire, il appartient au gouvernement de la Nouvelle-Écosse de démontrer que cette justification s'applique à l'exclusion de la douleur chronique du champ

available under the workers' compensation system, is so justified.

The first difficulty to arise under s. 1 in this case is the ambiguity of the respondents' submissions with respect to the legislative objective pursued by the challenged provisions. Four principal concerns or objectives emerge from these submissions. The first concern is to maintain the viability of the Accident Fund set up by the Act to compensate injured workers, which has accumulated a considerable unfunded liability. Second is the need to develop a consistent legislative response to the administrative challenges raised by the processing of chronic pain claims. These challenges mostly arise from the difficulties in establishing a causal link between a workplace accident and the later development of chronic pain, as well as in assessing the degree of impairment resulting from chronic pain in particular claimants. The third concern, closely related to the first, is to avoid potential fraudulent claims based on chronic pain, which would be difficult to detect under the normal compensation system, given that no objective findings are available to support chronic pain claims. This objective is referred to in the submissions of the Attorney General of Nova Scotia, who rejects the choice made by other provinces to process chronic pain claims under the normal system on the ground that "these schemes are based on subjective findings and self-reporting which are unreliable and difficult to verify" (AGNS factum, at para. 159). The fourth and last objective is to implement early medical intervention and return to work as the optimal treatment for chronic pain according to current scientific knowledge, or, as the Attorney General of Nova Scotia puts it somewhat bluntly, "to eradicate the dependency on benefits to motivate return to the workforce" (AGNS factum, at para. 148).

d'application de la Loi et au remplacement des avantages normalement prévus par le régime d'indemnisation des accidentés du travail par des avantages très limités et précis.

La première difficulté qui se pose en l'espèce relativement à l'article premier est l'ambiguïté des arguments des intimés concernant l'objectif visé par le législateur lors de l'adoption des dispositions contestées. Quatre soucis ou objectifs principaux se dégagent de ces arguments. Le premier objectif est d'assurer la viabilité du fonds d'indemnisation des accidentés du travail qui a été constitué en vertu de la Loi et qui comporte un passif non capitalisé considérable. Le deuxième objectif est d'apporter une solution législative cohérente aux difficultés administratives que pose le traitement des demandes fondées sur la douleur chronique. Ces difficultés ont surtout trait à l'établissement d'un lien de causalité entre un accident du travail et l'apparition ultérieure de la douleur chronique, et à l'évaluation de l'incapacité due à la douleur chronique dont souffrent certains demandeurs. Le troisième objectif, qui est étroitement lié au premier, est d'éviter les demandes potentiellement frauduleuses qui sont fondées sur la douleur chronique et qui, en raison de l'absence de symptômes objectifs susceptibles d'étayer une demande fondée sur la douleur chronique, seraient difficiles à déceler dans le cadre du régime d'indemnisation normalement applicable. Cet objectif est mentionné dans l'argumentation du procureur général de la Nouvelle-Écosse qui rejette le choix d'autres provinces d'appliquer le régime normal aux demandes fondées sur la douleur chronique pour le motif que [TRADUCTION] « ces initiatives sont fondées sur des symptômes subjectifs et les dires de l'intéressé, qui sont peu fiables et qui sont difficiles à vérifier » (par. 159 de son mémoire). Le quatrième et dernier objectif est d'assurer une intervention médicale prompte et un retour rapide au travail, ce qui, d'après les connaissances scientifiques actuelles, est la meilleure façon de traiter la douleur chronique ou [TRADUCTION] « d'éliminer la dépendance de l'intéressé à des avantages afin de l'inciter à retourner au travail », comme l'affirme quelque peu catégoriquement le procureur général de la Nouvelle-Écosse (par. 148 de son mémoire).

109

The first concern, maintaining the financial viability of the Accident Fund, may be dealt with swiftly. Budgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1 of the *Charter*: see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*P.E.I. Reference*”), at para. 281; see also *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 709. It has been suggested, however, that in certain circumstances, controlling expenditures may constitute a pressing and substantial objective: see *Eldridge, supra*, at para. 84. I find it unnecessary to decide this point for the purposes of the case at bar. Nothing in the evidence establishes that the chronic pain claims in and of themselves placed sufficient strain upon the Accident Fund to threaten its viability, or that such claims significantly contributed to its present unfunded liability. Admittedly, when a court finds the challenged legislation to be supported by another, non-financial purpose, budgetary considerations may become relevant to the minimal impairment test: see *P.E.I. Reference*, at para. 283. But at the present stage of the analysis, such a non-financial purpose remains to be identified.

110

Likewise, the second objective, developing a consistent legislative response to chronic pain claims, could not stand on its own. Mere administrative expediency or conceptual elegance cannot be sufficiently pressing and substantial to override a *Charter* right. In my view, this objective only becomes meaningful when examined with the third objective, i.e., avoiding fraudulent claims based on chronic pain. That objective is consistent with the general objective of the Act, as avoiding such claims ensures that the resources of the workers’ compensation scheme are properly directed to workers who are genuinely unable to work by reason of a work-related accident. In my view, it is clearly pressing and substantial. As I believe this is the strongest s. 1 argument raised by the respondents, I will first apply the *Oakes* test to this objective. I will then briefly

Il est possible de régler rapidement la question du premier objectif, qui est d’assurer la viabilité du fonds d’indemnisation. Normalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu’objectif urgent et réel distinct pour l’application de l’article premier de la *Charte* : voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif à l’Île-du-Prince-Édouard* »), par. 281; voir également l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 709. Cependant, on a laissé entendre que, dans certains cas, la limitation des dépenses peut constituer un objectif urgent et réel : voir *Eldridge*, précité, par. 84. Je ne juge pas nécessaire de trancher cette question pour les besoins de la présente affaire. Aucun élément de preuve n’établit que les demandes fondées sur la douleur chronique ont, à elles seules, grevé le fonds d’indemnisation au point d’en compromettre la viabilité, ou qu’elles ont sensiblement contribué au passif non capitalisé actuel. Certes, lorsqu’une cour de justice conclut que la mesure législative contestée est étayée par un autre objectif qui n’est pas financier, des considérations budgétaires peuvent être utiles pour appliquer le critère de l’atteinte minimale : voir le *Renvoi relatif à l’Île-du-Prince-Édouard*, par. 283. Mais à ce stade de l’analyse, l’existence d’un tel objectif non financier reste à déterminer.

De même, le deuxième objectif — apporter une solution législative cohérente aux difficultés administratives que posent les demandes fondées sur la douleur chronique — ne saurait tenir à lui seul. La simple commodité administrative ou élégance conceptuelle ne peut être suffisamment urgente et réelle pour justifier la suppression d’un droit garanti par la *Charte*. Selon moi, le deuxième objectif n’a de sens que s’il est examiné de pair avec le troisième objectif, qui est d’éviter les demandes frauduleuses fondées sur la douleur chronique. Cet objectif est conforme à l’objet général de la Loi étant donné que le fait d’éviter pareilles demandes permet d’assurer que les ressources du régime d’indemnisation des accidentés du travail soient consacrées, comme il se doit, aux travailleurs qui sont véritablement incapables de travailler à la suite d’un accident du travail.

consider the fourth and last objective alleged by the respondents.

The challenged provisions of the Act and the FRP Regulations are rationally connected to this objective. There can be no doubt that, by excluding all claims connected to chronic pain from the purview of the Act and, in the case of workers injured after February 1, 1996, providing strictly limited benefits in the form of a four-week Functional Restoration Program, s. 10B of the Act and the FRP Regulations virtually eliminate the possibility of fraudulent claims based on chronic pain for all other types of benefits.

The same reasoning, however, makes it patently obvious that the challenged provisions do not minimally impair the equality rights of chronic pain sufferers. On the contrary, one is tempted to say that they solve the potential problem of fraudulent claims by preemptively deeming all chronic pain claims to be fraudulent. Despite the fact that chronic pain may become sufficiently severe to produce genuine and long-lasting incapacity to work, the provisions make no effort whatsoever to determine who is genuinely unable to work and who is abusing the system. As the respondents correctly point out, the government is entitled to a degree of deference in its weighing of conflicting claims, complex scientific evidence and budgetary constraints, especially given the large unfunded liability of the Accident Fund. In other words, it is not sufficient that a judge, freed from all such constraints, could imagine a less restrictive alternative. Rather, s. 1 requires that the legislation limit the relevant *Charter* right “as little as is reasonably possible” (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772, per Dickson C.J.). However, even a brief examination of the possible alternatives, including the chronic pain regimes adopted in other provinces, clearly reveals that the wholesale exclusion of chronic pain cannot

À mon avis, il s’agit là manifestement d’un objectif urgent et réel. Étant donné que je considère qu’il s’agit de l’argument le plus solide que les intimés ont avancé relativement à l’article premier, je vais commencer par appliquer le critère de l’arrêt *Oakes* à cet objectif, pour ensuite examiner brièvement le quatrième et dernier objectif qu’ils ont allégué.

Il existe un lien rationnel entre cet objectif, d’une part, et le Règlement et les dispositions contestées de la Loi, d’autre part. Il ne fait aucun doute qu’en excluant du champ d’application de la Loi toutes les demandes liées à la douleur chronique et en prévoyant, pour les travailleurs ayant subi une lésion après le 1^{er} février 1996, des avantages très limités sous forme de programme de rétablissement fonctionnel d’une durée de quatre semaines, l’art. 10B de la Loi et le Règlement écartent pour ainsi dire toute possibilité que des demandes frauduleuses fondées sur la douleur chronique soient présentées pour tous les autres types d’avantages.

Or, suivant le même raisonnement, il est bien évident que les dispositions contestées ne portent pas le moins possible atteinte aux droits à l’égalité des personnes souffrant de douleur chronique. Au contraire, l’on serait tenté de dire que la solution qu’elles apportent au problème potentiel des demandes frauduleuses consiste à présumer d’avance que toutes les demandes fondées sur la douleur chronique sont frauduleuses. En dépit du fait que la douleur chronique peut s’aggraver au point d’engendrer une véritable incapacité de travailler pendant une longue période, le législateur ne tente nullement, dans les dispositions en cause, de déterminer qui est vraiment incapable de travailler et qui abuse du système. Comme les intimés le font observer à juste titre, le gouvernement a droit à une certaine déférence lorsqu’il soupèse des allégations contradictoires, des données scientifiques complexes et des contraintes budgétaires, compte tenu, en particulier, de l’ampleur du passif non capitalisé du fonds d’indemnisation. En d’autres termes, il ne suffit pas qu’un juge, libre de toutes ces contraintes, puisse concevoir une solution de rechange moins restrictive. L’article premier prévoit plutôt que la mesure législative doit restreindre le droit constitutionnel en cause « aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire »

111

112

conceivably be considered a minimum impairment of the rights of injured workers suffering from this disability.

113

The general compensation scheme under the Act already provides that benefits may be limited, suspended or discontinued if the worker fails to mitigate losses, does not comply with medical advice, or fails to provide the Board with full and accurate information regarding his or her claim (ss. 84 and 113 of the Act). The adaptability of the system is illustrated by the approaches adopted by other provinces such as Alberta, British Columbia, Quebec and Ontario. These provinces all provide compensation for chronic pain within their respective workers' compensation regimes, in some cases by adapting the assessment method to the reality of chronic pain so as to evaluate accurately each claimant's level of impairment. This general approach is supported by considerable scientific evidence commissioned by the relevant workers' compensation boards and introduced in evidence before this Court. See *Chronic Pain Initiative: Report of the Chair of the Chronic Pain Panels* (2000), which concludes that "[i]t would be difficult to support, on the basis of the existing scientific evidence, any limitation of benefits for chronic pain disability" (p. 5). Difficulties in establishing a causal link between a work-related injury and later development of chronic pain are also adequately handled within the scope of the general compensation system in these provinces: see *Report of the Chair of the Chronic Pain Panels, supra*; Dr. T. J. Murray, *Chronic Pain* (1995), prepared for the Workers' Compensation Board of Nova Scotia, App. B; Association of Workers' Compensation Boards of Canada, *Compensating for Chronic Pain — 2000* (2000). In addition, courts faced with tort claims for chronic pain have also developed approaches that do not rely on blanket exclusion: see, e.g., *White v. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (2d) 321 (C.A.); *Marinelli v. Keigan* (1999), 173 N.S.R. (2d) 56 (C.A.). Even recognizing the Nova Scotia

(*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772, le juge en chef Dickson). Toutefois, même un bref examen des autres solutions possibles, y compris les régimes applicables en matière de douleur chronique que d'autres provinces ont adoptés, révèle clairement que l'exclusion générale de la douleur chronique ne peut certes pas être considérée comme une atteinte minimale aux droits des accidentés du travail qui en souffrent.

Le régime général d'indemnisation établi par la Loi prévoit déjà que la prestation des avantages peut être limitée, suspendue ou interrompue si le travailleur omet de limiter ses pertes, de suivre un conseil médical ou de communiquer à la commission des renseignements complets et exacts au sujet de sa demande (art. 84 et 113 de la Loi). Les approches adoptées par d'autres provinces comme l'Alberta, la Colombie-Britannique, le Québec et l'Ontario, illustrent l'adaptabilité du régime. Ces provinces prévoient toutes l'indemnisation de la douleur chronique dans leurs régimes respectifs d'indemnisation des accidentés du travail, en adaptant, dans certains cas, le mode d'évaluation en fonction de la douleur chronique éprouvée de manière à pouvoir évaluer exactement l'incapacité de chaque demandeur. Cette approche générale est étayée par les nombreuses études scientifiques commandées par les commissions des accidents du travail compétentes et déposées en preuve devant notre Cour. Voir *Chronic Pain Initiative : Report of the Chair of the Chronic Pain Panels* (2000), où l'on conclut qu'[TRADUCTION] « [i]l serait difficile de justifier, à partir des données scientifiques existantes, toute limitation des avantages que peuvent obtenir les personnes souffrant d'une incapacité due à la douleur chronique » (p. 5). Dans ces provinces, le régime général d'indemnisation règle aussi, de manière adéquate, les difficultés d'établir un lien de causalité entre une lésion liée au travail et l'apparition ultérieure de la douleur chronique : voir *Report of the Chair of the Chronic Pain Panels, op. cit.*; Dr. T. J. Murray, *Chronic Pain* (1995), préparé pour la Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse, ann. B; Association des commissions des accidents du travail du Canada, *Compensating for Chronic Pain — 2000* (2000). En outre, les tribunaux saisis d'actions en responsabilité délictuelle fondées sur la douleur

legislature's constitutional entitlement to select from a range of acceptable policy options, it is impossible to conclude that the blanket exclusion it enacted was necessary to achieve a principled response to chronic pain and avoid fraudulent claims.

Since I conclude that the challenged provisions cannot survive the third stage of the *Oakes* test on the basis of this objective, it is unnecessary to consider the general proportionality stage.

What of the last objective, which is to implement early medical intervention and return to work as the optimal treatment for chronic pain? First, a cautionary note. In my view, when a legislative provision that draws a distinction based on disability is found not to correspond to the needs and circumstances of the claimants to such a degree that it demeans their essential human dignity, the government will face a steep evidentiary burden if it chooses to allege that the provision is rationally connected to the objective of providing the best available treatment to such claimants.

This being said, assuming, without deciding the point, that the objective of early return to work is pressing and substantial and that the challenged provisions are rationally connected to it, I am of the view that they fail the minimum impairment and general proportionality tests. While the report commissioned from Dr. T. J. Murray by the Board concludes that early intervention and return to work together constitute the best available treatment for work-related chronic pain, nowhere does that report recommend an automatic cut-off of benefits such as the one adopted by the Nova Scotia legislature. No other evidence indicates that an automatic cut-off of

chronique ont conçu des approches qui ne reposent pas sur une exclusion générale : voir, par exemple, *White c. Slawter* (1996), 149 N.S.R. (2d) 321 (C.A.); *Marinelli c. Keigan* (1999), 173 N.S.R. (2d) 56 (C.A.). Tout en reconnaissant que la Constitution autorisait la législature de la Nouvelle-Écosse à faire un choix parmi une gamme de politiques générales acceptables, l'on ne saurait conclure que l'exclusion générale qu'elle a décrétée s'imposait pour régler, d'une manière fondée sur des principes, les difficultés posées par les demandes fondées sur la douleur chronique et pour éviter les demandes frauduleuses à cet égard.

Vu ma conclusion que les dispositions contestées ne peuvent pas, compte tenu de cet objectif, résister au troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes*, il est inutile de passer au volet de la proportionnalité générale.

Qu'en est-il du dernier objectif, qui est d'assurer une intervention médicale prompte et un retour rapide au travail, en tant que meilleure façon de traiter la douleur chronique? Premièrement, une mise en garde s'impose. Je suis d'avis que, lorsqu'il est jugé qu'une disposition législative établissant une distinction fondée sur une déficience tient si peu compte des besoins et de la situation des demandeurs qu'elle porte atteinte à leur dignité essentielle, le gouvernement devra s'acquitter d'une lourde charge de preuve s'il décide d'alléguer l'existence d'un lien rationnel entre cette disposition et l'objectif visant à offrir le meilleur traitement possible à ces demandeurs.

Cela dit, à supposer, sans le décider, que l'objectif du retour rapide au travail soit urgent et réel et qu'il ait un lien rationnel avec les dispositions contestées, j'estime que les critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité générale ne sont pas respectés. Bien que, dans le rapport commandé au D^r T. J. Murray par la commission, on arrive à la conclusion que l'intervention médicale prompte et le retour rapide au travail constituent la meilleure façon de traiter la douleur chronique liée au travail, nulle part dans ce rapport recommande-t-on un retrait automatique des avantages comme celui prévu par la législature de la Nouvelle-Écosse. Aucun autre élément

114

115

116

benefits regardless of individual needs and circumstances is necessary to achieve the stated goal. This is particularly true with respect to ameliorative benefits which would actually facilitate return to work, such as vocational rehabilitation, medical aid and the rights to re-employment and accommodation. It cannot be seriously countenanced that the challenged measures are minimally impairing of the s. 15(1) right. Moreover, as discussed above, the legislation deprives workers whose chronic pain does not improve as a result of early medical intervention and return to work from receiving any benefits beyond the four-week Functional Restoration Program. Others, like Ms. Laseur, are not even admissible to this program because of the date of their injuries. The deleterious effects of the challenged provisions on these workers clearly outweigh their potential beneficial effects.

117 I conclude that the challenged provisions are not reasonably justified under s. 1 of the *Charter*.

VI. Conclusion

118 I would allow the appeals. Section 10B of the Act and the FRP Regulations in their entirety infringe s. 15(1) of the *Charter*, and the infringement is not justified under s. 1. It follows that the challenged provisions are inconsistent with the Constitution and are of no force or effect by operation of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Since these appeals have been funded by the Workers Advisers Program established under Part III of the *Workers' Compensation Act*, no order for costs has been requested by the appellants.

119 As the appellants point out, the policies that used to provide for individualized assessment of impairment in chronic pain cases have been repealed following the enactment of the challenged provisions of the Act and the FRP Regulations. Therefore, giving immediate effect to the declara-

de preuve n'indique que le retrait automatique des avantages, peu importe les besoins et la situation de l'intéressé, est nécessaire à la réalisation de l'objectif déclaré. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les avantages améliorateurs qui faciliteraient réellement le retour au travail, comme la réadaptation professionnelle, les soins médicaux, ainsi que le droit au réemploi et à des mesures d'adaptation. L'on ne saurait sérieusement admettre que les mesures contestées portent le moins possible atteinte au droit garanti par le par. 15(1). De plus, comme nous l'avons vu, aux termes de la mesure législative en cause, les travailleurs souffrant de douleur chronique, dont l'état ne s'améliore pas à la suite d'une intervention médicale prompte et d'un retour rapide au travail, cessent d'avoir droit à des avantages après avoir participé au programme de rétablissement fonctionnel de quatre semaines. D'autres personnes, comme M^{me} Laseur, ne sont même pas admissibles à ce programme à cause de la date à laquelle elles ont subi leurs lésions. Les effets préjudiciables des dispositions contestées sur ces travailleurs l'emportent clairement sur leurs effets bénéfiques éventuels.

Je conclus que les dispositions contestées ne sont pas raisonnablement justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*.

VI. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois. L'article 10B de la Loi et le Règlement dans son entier violent le par. 15(1) de la *Charte*, et cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier. Il s'ensuit que les dispositions contestées sont incompatibles avec la Constitution et, de ce fait, inopérantes en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Vu que les présents pourvois ont été financés par le Workers Advisers Program établi en vertu de la partie III de la *Workers' Compensation Act*, les appelants n'ont pas sollicité de dépens.

Comme le soulignent les appelants, les politiques qui prévoyaient une évaluation individuelle de l'incapacité des personnes souffrant de douleur chronique ont été abrogées après l'adoption du Règlement et des dispositions contestées de la Loi. Par conséquent, donner immédiatement effet

tion of invalidity of these provisions could result in prejudice to injured workers affected by chronic pain, as the Board would then have no specific policies or provisions to rely on in such cases. While some default or residuary provisions of the Act and of the FRP Regulations as well as policies of the Board might apply, the results would likely be inconsistent, given the considerable discretion which would be left to the Board in chronic pain cases. The default rules might even prevent certain chronic pain sufferers from receiving any benefits, as was the case for Ms. Laseur. Allowing the challenged provisions to remain in force for a limited period of time would preserve the limited benefits of the current program until an appropriate legislative response to chronic pain can be implemented. Therefore, as the appellants requested, it is reasonable to postpone the general declaration of invalidity for six months from the date of this judgment: see *Schachter, supra*.

This postponement, of course, does not affect the appellants' cases. Mr. Martin is clearly entitled to the benefits he has been claiming, as the challenged provisions stood as the only obstacle to his claims. I would thus reinstate the judgment rendered by the Appeals Tribunal in the Martin case on January 31, 2000.

The Appeals Tribunal, however, refused to grant permanent impairment benefits to Ms. Laseur because she did not challenge the constitutionality of the applicable guidelines, which attributed a permanent impairment rating of 0 percent to her injuries. In my view, it is appropriate to return Ms. Laseur's case to the Board for reconsideration on the basis of the subsisting provisions of the Act and the applicable regulations and policies. I note that, if Ms. Laseur elects to raise the constitutionality of the permanent impairment guidelines, the Board will be obliged to consider

à la déclaration d'invalidité de ces dispositions risquerait de causer un préjudice aux accidentés du travail souffrant de douleur chronique, étant donné que la commission ne pourrait alors s'appuyer sur aucune politique ou disposition précise. La possibilité d'appliquer certaines dispositions supplétives ou résiduelles de la Loi et du Règlement et certaines politiques de la commission donnerait vraisemblablement lieu à des résultats incohérents vu le pouvoir discrétionnaire considérable dont la commission serait toujours investie dans les dossiers ayant trait à douleur chronique. Les règles supplétives pourraient même empêcher complètement des personnes souffrant de douleur chronique d'obtenir des avantages, comme dans le cas de M^{me} Laseur. Permettre que les dispositions contestées continuent de s'appliquer pendant une période déterminée contribuerait à maintenir les avantages limités du programme actuel jusqu'à ce qu'une solution législative appropriée puisse être apportée aux difficultés que posent les demandes fondées sur la douleur chronique. Il est donc raisonnable de faire droit à la demande des appelants et d'ordonner que la déclaration générale d'invalidité ne prenne effet que dans six mois à compter de la date du présent jugement : voir l'arrêt *Schachter*, précité.

Il va sans dire que ce report ne change rien à la situation des appelants. Monsieur Martin a manifestement droit aux prestations qu'il réclame, étant donné que les dispositions contestées constituaient le seul obstacle à leur versement. Je suis donc d'avis de rétablir le jugement que le tribunal d'appel a rendu à son sujet le 31 janvier 2000.

Toutefois, le tribunal d'appel a refusé d'accorder à M^{me} Laseur des prestations pour incapacité permanente parce qu'elle ne contestait pas la constitutionnalité des lignes directrices applicables, au regard desquelles elle ne souffrait d'aucune incapacité permanente. Il convient selon moi de renvoyer le dossier de M^{me} Laseur à la commission pour qu'elle le réexamine à la lumière des dispositions subsistantes de la Loi, ainsi que du règlement et des politiques applicables. Je souligne que, si M^{me} Laseur décide de soulever la question de la constitutionnalité des lignes directrices en matière

120

121

and decide the issue in accordance with the present reasons.

122

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do s. 10B of the *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, as amended, and the *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, infringe the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to question # 1 is yes, does such infringement constitute a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

APPENDIX

Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10

10A In this Act, "chronic pain" means pain

(a) continuing beyond the normal recovery time for the type of personal injury that precipitated, triggered or otherwise predated the pain; or

(b) disproportionate to the type of personal injury that precipitated, triggered or otherwise predated the pain,

and includes chronic pain syndrome, fibromyalgia, myofascial pain syndrome, and all other like or related conditions, but does not include pain supported by significant, objective, physical findings at the site of the injury which indicate that the injury has not healed.

10B Notwithstanding this Act, Chapter 508 of the Revised Statutes, 1989, or any of its predecessors, the *Interpretation Act* or any other enactment,

(a) except for the purpose of Section 28, a personal injury by accident that occurred on or after

d'incapacité permanente, la commission devra l'examiner et la trancher conformément aux présents motifs.

Je suis d'avis de répondre de la manière suivante aux questions constitutionnelles :

1. L'article 10B de la *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, dans sa version modifiée, et le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, N.S. Reg. 57/96, portent-ils atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

ANNEXE

Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10

[TRADUCTION]

10A Dans la présente loi, « douleur chronique » s'entend de la douleur

a) persistant au-delà de la période normale de guérison du type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée, ou

b) disproportionnée au type de lésion corporelle l'ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée,

et inclut le syndrome de la douleur chronique, la fibromyalgie, le syndrome de la douleur myofasciale et tout autre état semblable ou connexe, mais exclut la douleur attestée, à l'emplacement de la lésion, par des symptômes importants, objectifs et physiques indiquant que la lésion n'est pas guérie.

10B Malgré les dispositions de la présente loi, chapitre 508 des *Revised Statutes* de 1989, ou des lois qui l'ont précédée, de l'*Interpretation Act* ou de tout autre texte législatif,

a) sauf pour l'application de l'article 28, une lésion corporelle causée par un accident survenu le 23

March 23, 1990, and before February 1, 1996, is deemed never to have included chronic pain;

(b) a personal injury by accident that occurred before February 1, 1996, is deemed never to have created a vested right to receive compensation for chronic pain;

(c) no compensation is payable to a worker in connection with chronic pain, except as provided in this Section or in Section 10E or 10G or, in the case of a worker injured on or after February 1, 1996, as provided in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations contained in Order in Council 96-207 made on March 26, 1996, as amended from time to time and, for greater certainty, those regulations are deemed to have been validly made pursuant to this Act and to have been in full force and effect on and after February 1, 1996.

10E Where a worker

(a) was injured on or after March 23, 1990, and before February 1, 1996;

(b) has chronic pain that commenced following the injury referred to in clause (a); and

(c) as of November 25, 1998, was in receipt of temporary earnings-replacement benefits; or

(d) as of November 25, 1998, had a claim under appeal

- (i) for reconsideration,
- (ii) to a hearing officer,
- (iii) to the Appeals Tribunal, or
- (iv) to the Nova Scotia Court of Appeal,

or whose appeal period with respect to an appeal referred to in subclauses (i) to (iv) had not expired,

the Board shall pay to the worker a permanent-impairment benefit based on a permanent medical impairment award of twenty-five per cent multiplied by fifty per cent, and an extended earnings replacement benefit, if payable pursuant to Sections 37 to 49, multiplied by fifty per cent and any appeal referred to in clause (d) is null and void regardless of the issue or issues on appeal.

185 (1) Subject to the rights of appeal provided in this Act, the Board has exclusive jurisdiction to inquire into, hear and determine all questions of fact and law arising pursuant to this Part, and any decision, order or ruling of the Board on the question is final and

mars 1990 ou après cette date, mais avant le 1^{er} février 1996, est réputée n'avoir jamais comporté une douleur chronique;

b) la lésion corporelle causée par un accident survenu avant le 1^{er} février 1996 est réputée n'avoir jamais engendré un droit acquis à l'indemnisation de la douleur chronique;

c) nul travailleur n'a droit à une indemnisation liée à la douleur chronique, sauf dans la mesure prévue par la présente disposition ou par les articles 10E ou 10G ou, dans le cas d'un travailleur ayant subi une lésion lors d'un accident survenu le 1^{er} février 1996 ou après cette date, par le *Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations*, décret 96-207 pris le 26 mars 1996, et ses modifications, et il est entendu que ce règlement pris en vertu de la présente loi est réputé valide ainsi que pleinement opérant depuis le 1^{er} février 1996.

10E Lorsqu'un travailleur

a) a subi une lésion le 23 mars 1990 ou après cette date, mais avant le 1^{er} février 1996,

b) souffre de douleur chronique depuis qu'il a subi la lésion mentionnée à l'alinéa a), et

c) touchait, le 25 novembre 1998, des prestations temporaires de remplacement du revenu ou

d) avait présenté une demande qui, le 25 novembre 1998, faisait l'objet d'un appel

- (i) visant à obtenir une révision,
- (ii) devant un agent enquêteur,
- (iii) devant le tribunal d'appel ou
- (iv) devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse,

ou dont le délai imparti pour interjeter l'appel mentionné aux sous-alinéas (i) à (iv) n'était pas expiré,

la commission lui verse des prestations calculées en fonction d'une incapacité médicale permanente de vingt-cinq pour cent multiplié par cinquante pour cent, ainsi que des prestations supplémentaires de remplacement du revenu si elles sont payables en vertu des articles 37 à 49, multipliées par cinquante pour cent, et tout appel mentionné à l'alinéa d) est nul et sans effet, peu importe la ou les questions portées en appel.

185 (1) Sous réserve des droits d'appel prévus dans la présente loi, la commission a compétence exclusive pour trancher, après examen et audition, toute question de droit ou de fait découlant de l'application de la présente partie, et toute décision ou ordonnance qu'elle rend est

conclusive and is not subject to appeal, review or challenge in any court.

252 (1) The Appeals Tribunal may confirm, vary or reverse the decision of a hearing officer.

Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96

2 In these regulations,

. . .

(b) “chronic pain” means pain

- (i) continuing beyond the normal recovery time for the type of personal injury that precipitated, triggered, or otherwise predated the pain, or
- (ii) disproportionate to the type of personal injury that precipitated, triggered, or otherwise predated the pain;

and includes chronic pain syndrome, fibromyalgia, myofascial pain syndrome, and all other like or related conditions, but does not include pain supported by significant, objective, physical findings at the site of the injury which indicate that the injury has not healed;

. . .

3 (1) Chronic pain is included in the operation of Part I of the Act, subject to the terms and conditions set out in these regulations.

(2) For greater certainty, except as provided in these regulations, chronic pain is and is deemed always to have been excluded from the operation of Part I of the Act, and no compensation is payable in connection with chronic pain except in accordance with these regulations.

4 There is hereby established a program of the Board known as the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program.

5 A worker may be designated by the Board as a participant in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program if

(a) the worker is suffering from chronic pain; and

définitive et péremptoire et ne peut pas faire l’objet d’un appel, d’un contrôle ou d’une contestation en justice.

252 (1) Le tribunal d’appel peut confirmer, modifier ou infirmer la décision d’un agent enquêteur.

Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96

[TRADUCTION]

2 Dans le présent règlement,

. . .

b) « douleur chronique » s’entend de la douleur

- (i) persistant au-delà de la période normale de guérison du type de lésion corporelle l’ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée, ou
- (ii) disproportionnée au type de lésion corporelle l’ayant causée, déclenchée ou par ailleurs précédée,

et inclut le syndrome de la douleur chronique, la fibromyalgie, le syndrome de la douleur myofasciale et tout autre état semblable ou connexe, mais exclut la douleur attestée, à l’emplacement de la lésion, par des symptômes importants, objectifs et physiques indiquant que la lésion n’est pas guérie;

. . .

3 (1) La partie I de la Loi s’applique à la douleur chronique, sous réserve des modalités prévues dans le présent règlement.

(2) Il est entendu que, sous réserve des dispositions du présent règlement, la partie I de la Loi ne s’applique pas et est réputée ne s’être jamais appliquée à la douleur chronique, et aucune indemnité n’est payable pour la douleur chronique, si ce n’est conformément au présent règlement.

4 Le présent règlement crée le programme de la commission appelé Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program.

5 La commission peut désigner un travailleur pour qu’il participe au Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

a) le travailleur souffre de douleur chronique;

- (b) the worker has, at the time of designation, a loss of earnings subsequent to a compensable injury and identifies pain and pain-related symptoms as the reason for the loss of earnings.
- 6 No worker may be designated as a participant in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program if more than twelve months have elapsed since the worker's date of injury.
- 7 (1) Participation in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program is limited to four weeks.
- (2) During a worker's participation in the Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program, the worker is eligible to receive a benefit equal to the amount of temporary earnings-replacement benefits the worker would have received if the worker were eligible for temporary earnings-replacement benefits.
- 8 (1) These regulations apply to all decisions, orders or rulings made pursuant to the Act on or after February 1, 1996.
- (2) For greater certainty, these regulations apply to any decision, order or ruling made on or after February 1, 1996, concerning eligibility for compensation or the calculation or re-calculation of an amount of compensation.
- (3) Despite subsections (1) and (2), where a decision, order or ruling was made by the Board or the Appeal Board before February 1, 1996, finding that a worker has a permanent impairment in connection with chronic pain but not fixing the worker's permanent-impairment rating, a rating shall be awarded pursuant to Section 34 and compensation may be paid accordingly pursuant to Sections 226, 227 or 228 of the Act, as the case may be.
- (4) Despite subsections (1) and (2), where a decision, order or ruling was made by the Board or the Appeal Board before February 1, 1996, fixing a worker's permanent-impairment rating, the rating is deemed to be the rating to which the worker is entitled and compensation shall be paid accordingly pursuant to Sections 226, 227 or 228 of the Act, as the case may be.
- b) au moment de la désignation, le travailleur subit une perte de revenu à la suite d'une lésion donnant ouverture à indemnisation et attribue cette perte de revenu à la douleur et aux symptômes qui y sont associés.
- 6 Un travailleur ne peut être désigné pour participer au Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program si plus de 12 mois se sont écoulés depuis qu'il a subi sa lésion.
- 7 (1) La durée maximale de la participation au Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program est de quatre semaines.
- (2) Pendant qu'il participe au Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program, le travailleur peut toucher des prestations équivalent au montant des prestations temporaires de remplacement du revenu qui lui auraient été versées s'il avait été admissible à ces prestations.
- 8 (1) Le présent règlement s'applique à toute décision ou ordonnance rendue conformément à la Loi le 1^{er} février 1996 ou après cette date.
- (2) Il est entendu que le présent règlement s'applique à toute décision ou ordonnance rendue le 1^{er} février 1996, ou après cette date, au sujet de l'admissibilité à une indemnité, ou du calcul ou du nouveau calcul d'un montant d'indemnité.
- (3) En dépit des paragraphes (1) et (2), lorsque, dans une décision ou une ordonnance rendue avant le 1^{er} février 1996, la commission ou le tribunal d'appel a conclu, sans fixer le taux d'incapacité permanente, qu'un travailleur souffre d'une incapacité permanente liée à la douleur chronique, cette incapacité permanente est évaluée conformément à l'article 34 et une indemnité peut être versée en conséquence, conformément aux articles 226, 227 ou 228 de la Loi, selon le cas.
- (4) En dépit des paragraphes (1) et (2), lorsque, dans une décision ou une ordonnance rendue avant le 1^{er} février 1996, la commission ou le tribunal d'appel évalue l'incapacité permanente, cette évaluation est réputée être celle qui s'applique au travailleur, et une indemnité est versée en conséquence, conformément aux articles 226, 227 ou 228 de la Loi, selon le cas.

Appeals allowed.

Solicitors for the appellants: Workers' Advisers Program, Halifax.

Pourvois accueillis.

Procureurs des appelants: Workers' Advisers Program, Halifax.

Solicitors for the respondent the Workers' Compensation Board of Nova Scotia: Stewart McKelvey Stirling Scales, Halifax.

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

Solicitors for the intervener the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal: Merrick Holm, Halifax.

Solicitor for the intervener the Ontario Network of Injured Workers Groups: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta: Workers' Compensation Board of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimée Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse : Stewart McKelvey Stirling Scales, Halifax.

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

Procureurs de l'intervenant Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse : Merrick Holm, Halifax.

Procureur de l'intervenant Ontario Network of Injured Workers Groups : Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

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

Procureur de l'intervenante Workers' Compensation Board de l'Alberta : Workers' Compensation Board de l'Alberta, Edmonton.

**Attorney General of British Columbia and
Ministry of Forests** *Appellants*

v.

Thomas Paul *Respondent*

and

**Forest Appeals Commission, Attorney
General of Canada, Attorney General of
Ontario, Attorney General of Quebec,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of Manitoba, Attorney
General for Saskatchewan, Attorney
General of Alberta and First Nations
Summit** *Interveniers*

**INDEXED AS: PAUL v. BRITISH COLUMBIA (FOREST
APPEALS COMMISSION)**

Neutral citation: 2003 SCC 55.

File No.: 28974.

Hearing and judgment: June 11, 2003.

Reasons delivered: October 3, 2003.

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

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

*Constitutional law — Division of powers — Indians —
Forestry — Whether province can constitutionally confer
on administrative tribunal power to determine questions
of aboriginal rights and title as they arise in course of
tribunal's duties — Constitution Act, 1867, s. 91(24) —
Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C.
1996, c. 159, s. 96 — Constitution Act, 1982, s. 35.*

*Administrative law — Forest Appeals Commission —
Jurisdiction — Aboriginal rights — Whether Forest Prac-
tices Code confers on Commission power to decide exist-
ence of aboriginal rights or title — Forest Practices Code
of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96.*

**Procureur général de la Colombie-
Britannique et ministère des
Forêts** *Appelants*

c.

Thomas Paul *Intimé*

et

**Forest Appeals Commission, procureur
général du Canada, procureur général de
l'Ontario, procureur général du Québec,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta et First
Nations Summit** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PAUL c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(FOREST APPEALS COMMISSION)**

Référence neutre : 2003 CSC 55.

N° du greffe : 28974.

Audition et jugement : 11 juin 2003.

Motifs déposés : 3 octobre 2003.

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

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

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Indiens — Ressources forestières — Une province peut-
elle investir un tribunal administratif du pouvoir de
trancher des questions de titre aborigène et de droits
ancestraux dans l'accomplissement de sa mission? — Loi
constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Forest Practices
Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159,
art. 96 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.*

*Droit administratif — Forest Appeals Commission —
Compétence — Droits ancestraux — Le Forest Prac-
tices Code habilite-t-il la commission à se prononcer
sur l'existence d'un titre aborigène ou de droits ances-
traux? — Forest Practices Code of British Columbia Act,
R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96.*

Administrative law—Boards and tribunals—Jurisdiction—Constitutional issues—Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law—Appropriate test.

The B.C. Ministry of Forestry seized four logs in the possession of P, a registered Indian, who planned to use the wood to build a deck on his home. P asserted that he had an aboriginal right to cut timber for house modification and, accordingly, s. 96 of the *Forest Practices Code*, a general prohibition against cutting Crown timber, did not apply to him. Both the District Manager and the Administrative Review Panel agreed that P had contravened s. 96. P appealed to the Forest Appeals Commission, which decided, as a preliminary matter of jurisdiction, that it was able to hear and determine the aboriginal rights issues in the appeal. The B.C. Supreme Court concluded that the Legislature of B.C. had validly conferred on the Commission the power to decide questions relating to aboriginal title and rights in the course of its adjudicative function in relation to contraventions of the Code. A majority of the Court of Appeal set aside the decision, holding that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which gives Parliament exclusive power to legislate in relation to Indians, precluded the Legislature from conferring jurisdiction on the Commission to determine questions of aboriginal title and rights in the forestry context.

Held: The appeal should be allowed.

The province has legislative competence to endow an administrative tribunal with capacity to consider a question of aboriginal rights in the course of carrying out its valid provincial mandate. The parties conceded that the Code is, in its entirety, valid provincial legislation in relation to development, conservation and management of forestry resources in the province, and there was no suggestion that, in operation, the law's effects on Indians are so significant as to reveal a pith and substance that is a matter under exclusive federal competence. As a law of general application, the Code applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the "core of Indianness" and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Under the doctrine of incidental effects, it is constitutionally permissible for a validly enacted provincial statute of general application to affect matters coming within the exclusive jurisdiction of Parliament. While, through operation of the doctrine

Droit administratif—Organismes et tribunaux administratifs—Compétence—Questions de droit constitutionnel—Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel—Critère applicable.

Le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique a saisi quatre troncs d'arbre que P, un Indien inscrit, avait en sa possession et qu'il comptait utiliser pour construire une terrasse chez lui. P a fait valoir qu'il avait le droit ancestral de couper des arbres pour apporter des améliorations à sa maison et que, par conséquent, l'art. 96 du *Forest Practices Code*, qui établit une interdiction générale de la coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne, ne s'appliquait pas à lui. Le chef de district et le comité de révision administrative ont tous les deux convenu que P avait enfreint l'art. 96. P a interjeté appel devant la Forest Appeals Commission qui a décidé, au sujet d'une question préliminaire de compétence, qu'elle pouvait entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux soulevées dans l'appel. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que la législature de la Colombie-Britannique avait valablement conféré à la commission le pouvoir de trancher des questions touchant le titre aborigène et les droits ancestraux dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle portant sur des infractions au Code. La Cour d'appel à la majorité a annulé cette décision en concluant que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux Indiens, empêchait la législature d'accorder à la commission la compétence pour trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans le domaine des ressources forestières.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La province a compétence législative pour habiliter un tribunal administratif à examiner une question de droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée. Les parties ont reconnu que le Code dans son ensemble est une mesure législative provinciale valide relative à l'exploitation, à la conservation et à la gestion des ressources forestières de la province, et personne n'a laissé entendre que, dans son application, la loi en cause a sur les Indiens des effets importants au point d'en faire une mesure législative qui, de par son caractère véritable, touche à un chef de compétence fédérale exclusive. En tant que loi d'application générale, le Code s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l'essentiel de l'indianité » et n'est pas incompatible de manière injustifiable avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la règle des effets accessoires, la Constitution permet qu'une loi

of interjurisdictional immunity, the “core” of Indianness is protected from provincial laws of general application, the Commission’s enabling provisions do not attempt to supplement or amend the constitutional and federal rules respecting aboriginal rights. The effect of the Code is to prescribe that Indians charged under the Code will first raise an aboriginal rights defence before the Commission, as opposed to before a superior court judge. This effect has not been shown to have a substantial impact upon Indians *qua* Indians. The doctrine of interjurisdictional immunity relates to the exercise of legislative powers — that is, the power of a province to apply its valid legislation that affects matters under federal competence. The majority of the Court of Appeal erred in applying the doctrine in the context of an adjudicative, not legislative, function. The conclusion that a provincial board may adjudicate matters within federal legislative competence fits comfortably within the general constitutional and judicial architecture of Canada. In determining, incidentally, a question of aboriginal rights, a provincially constituted board would be applying constitutional or federal law in the same way as a provincial court, which is also a creature of provincial legislation. Boards must take into account all applicable legal rules, both federal and provincial, in applying their enabling legislation.

A determination by an administrative tribunal, such as the Commission, is very different from both extinguishment of a right and legislation in relation to Indians or aboriginal rights. First, and most important, any adjudicator, whether a judge or a tribunal, does not create, amend, or extinguish aboriginal rights. Second, the Commission’s decisions do not constitute legally binding precedents, nor will their collective weight over time amount to an authoritative body of common law. They could not be declaratory of the validity of any law. Moreover, as for constitutional determinations respecting s. 91(24) or s. 35, the Commission’s rulings would be reviewable, on a correctness basis, in a superior court on judicial review.

provinciale de portée générale, valablement édictée, touche des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement. Bien qu’en vertu du principe de l’exclusivité des compétences, « l’essentiel » de l’indianité soit à l’abri des lois provinciales d’application générale, les dispositions habilitantes de la commission ne visent pas à compléter ou à modifier les règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux. Le Code a pour effet d’obliger les Indiens accusés d’une infraction au Code à invoquer le moyen de défense fondé sur les droits ancestraux d’abord devant la commission plutôt que devant un juge d’une cour supérieure. Il n’a pas été démontré que cet effet a eu une incidence marquée sur les Indiens en tant qu’Indiens. Le principe de l’exclusivité des compétences concerne l’exercice des compétences législatives, c’est-à-dire le pouvoir d’une province d’appliquer ses mesures législatives valides touchant à des matières relevant de la compétence fédérale. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commis une erreur en appliquant le principe de l’exclusivité des compétences dans le contexte d’une fonction juridictionnelle et non législative. La conclusion qu’un organisme administratif provincial peut trancher sur des questions relevant de la compétence législative fédérale cadre bien avec l’architecture constitutionnelle et judiciaire générale de notre pays. En tranchant, de manière accessoire, une question de droits ancestraux, un organisme administratif créé par une province se trouverait à appliquer des règles de droit constitutionnelles ou fédérales de la même manière qu’une cour provinciale qui est aussi une création de la loi provinciale. En appliquant leur loi habilitante, les organismes administratifs doivent tenir compte de toutes les règles de droit fédérales et provinciales applicables.

La décision d’un tribunal administratif comme la commission est très différente à la fois de l’extinction d’un droit et de l’exercice d’une fonction législative concernant les Indiens et les droits ancestraux. Premièrement, ce qui est le plus important, toute instance décisionnelle, que ce soit un juge ou un tribunal administratif, ne crée pas, ne modifie pas ou n’éteint pas des droits ancestraux. Deuxièmement, les décisions de la commission ne constituent pas de la jurisprudence, pas plus que leur importance collective contribue avec le temps à en faire un ensemble de règles de common law. Elles ne sauraient constituer une déclaration de validité de quelque règle de droit que ce soit. De plus, en tant que décisions sur des questions de droit constitutionnel relatives au par. 91(24) ou à l’art. 35, les décisions de la commission seraient sujettes au contrôle judiciaire d’une cour supérieure, selon le critère de la décision correcte.

To determine if a tribunal has the power to apply the Constitution, including s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the essential question is whether the empowering legislation implicitly or explicitly grants to the tribunal the jurisdiction to interpret or decide any question of law. If it does, the tribunal will be presumed to have the concomitant jurisdiction to interpret or decide the question at issue in light of s. 35 or any other relevant constitutional provision. There is no persuasive basis for distinguishing the power to determine s. 35 questions from the power to determine other constitutional questions, and practical considerations will not suffice generally to rebut the presumption that arises from authority to decide questions of law. Here, the Commission has the power to decide questions relating to aboriginal rights arising incidentally to forestry matters and to hear P's defence of his aboriginal right to harvest logs for renovation of his home. Section 131(8) of the Code permits a party to "make submissions as to facts, law and jurisdiction". The Commission thus has the power to determine questions of law and nothing in the Code provides a clear implication to rebut the presumption that the Commission may decide questions of aboriginal law. The nature of the appeal does not prohibit the Commission from hearing a s. 35 argument. Even if the Administrative Review Panel has no jurisdiction to determine a s. 35 question, the Commission is not restricted to the issues considered by that board. Lastly, any restriction on the Commission's remedial powers is not determinative of its jurisdiction to decide s. 35 issues, nor is the complexity of the questions.

Cases Cited

Applied: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; **referred to:** *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989]

Pour décider si un tribunal administratif peut appliquer la Constitution, y compris l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il s'agit essentiellement de savoir si la loi habilitante accorde implicitement ou expressément au tribunal administratif le pouvoir d'examiner ou de trancher toute question de droit. Dans l'affirmative, ce tribunal est présumé posséder le pouvoir concomitant d'examiner ou de trancher cette question à la lumière de l'art. 35 ou de toute disposition constitutionnelle pertinente. Il n'y a aucune raison sérieuse de distinguer le pouvoir de trancher des questions relatives à l'art. 35 de celui de se prononcer sur d'autres questions de droit constitutionnel, et en général, les considérations pratiques ne suffisent pas pour réfuter la présomption découlant du pouvoir de trancher des questions de droit. En l'espèce, la commission a le pouvoir de trancher des questions relatives aux droits ancestraux qui sont accessoires à celles qui se posent en matière de ressources forestières et d'entendre le moyen de défense de P voulant qu'il possède un droit ancestral de récolter des arbres pour rénover sa maison. Le paragraphe 131(8) du Code permet à une partie de « présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence ». La commission a donc le pouvoir de trancher des questions de droit et rien dans le Code ne permet clairement de réfuter la présomption que la commission peut trancher des questions de droit autochtone. Il n'est pas interdit à la commission d'entendre un argument fondé sur l'art. 35 en raison de la nature de l'appel interjeté. Bien que le comité de révision administrative n'ait pas compétence pour trancher une question relative à l'art. 35, la commission n'est pas obligée de s'en tenir uniquement aux questions examinées par ce comité. Enfin, une limitation des pouvoirs de la commission d'accorder une réparation n'est pas déterminante en ce qui concerne sa compétence pour trancher des questions relatives à l'art. 35, pas plus que ne l'est la complexité des questions.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; **arrêts mentionnés :** *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité*

1 S.C.R. 206; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65; *Buhs v. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Ermineskin Cree Nation v. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Dupras v. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266; *McKenzie v. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53, leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vii; *British Columbia Chicken Marketing Board v. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473.

Statutes and Regulations Cited

Bill 69, *Forest and Range Practices Amendment Act*, 2003, 4th Sess., 37th Parl., British Columbia, 2003 (date of first reading, May 29, 2003).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11, 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 92A(1)(b), 96.
Constitution Act, 1982, ss. 35, 52.
Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, c. 69 [not yet in force], ss. 77, 80, 82.
Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, ss. 96, 130 to 141, 131(8).
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 88.
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, c. 241.
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 92.1.
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, c. 492.
Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 48.

du travail, [1988] 1 R.C.S. 749; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65; *Buhs c. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Ermineskin Cree Nation c. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, 2001 CSC 82; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Dupras c. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266; *McKenzie c. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vii; *British Columbia Chicken Marketing Board c. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, 24(1).
Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, ch. 69 [non encore en vigueur], art. 77, 80, 82.
Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96, 130 à 141, 131(8).
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1996, ch. 241.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 92A(1)(b), 96.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 52.
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 92.1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 88.
Projet de loi 69, Forest and Range Practices Amendment Act, 2003, 4^e sess., 37^e lég., Colombie-Britannique, 2003 (date de première lecture, 29 mai 2003).
Workers Compensation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 492.
Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 48.

Authors Cited

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 37th Parl., May 29, 2003, p. 7108.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 201 D.L.R. (4th) 251, 154 B.C.A.C. 254, 252 W.A.C. 254, 89 B.C.L.R. (3d) 210, 38 C.E.L.R. (N.S.) 149, [2001] 7 W.W.R. 105, [2001] 4 C.N.L.R. 210, [2001] B.C.J. No. 1227 (QL), 2001 BCCA 411, supplementary reasons (2001), 206 D.L.R. (4th) 320, 40 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2001] B.C.J. No. 2237 (QL), 2001 BCCA 644, allowing an appeal from a judgment of the British Columbia Supreme Court (1999), 179 D.L.R. (4th) 351, 31 C.E.L.R. (N.S.) 141, [2000] 1 C.N.L.R. 176, [1999] B.C.J. No. 2129 (QL). Appeal allowed.

Timothy P. Leadem, Q.C., and *Kathryn Kickbush*, for the appellants.

M. Hugh G. Braker, Q.C., and *Robert C. Freedman*, for the respondent.

T. Murray Rankin, Q.C., and *Mark G. Underhill*, for the intervener the Forest Appeals Commission.

Mitchell R. Taylor and *Peter Southey*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Pierre-Christian Labeau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Holly D. Penner, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Written submissions only by *P. Mitch McAdam*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Doctrine citée

Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 16, n^o 7, 4^e sess., 37^e lég., 29 mai 2003, p. 7108.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2002, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 201 D.L.R. (4th) 251, 154 B.C.A.C. 254, 252 W.A.C. 254, 89 B.C.L.R. (3d) 210, 38 C.E.L.R. (N.S.) 149, [2001] 7 W.W.R. 105, [2001] 4 C.N.L.R. 210, [2001] B.C.J. No. 1227 (QL), 2001 BCCA 411, motifs supplémentaires (2001), 206 D.L.R. (4th) 320, 40 C.E.L.R. (N.S.) 169, [2001] B.C.J. No. 2237 (QL), 2001 BCCA 644, qui a accueilli un appel interjeté contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 179 D.L.R. (4th) 351, 31 C.E.L.R. (N.S.) 141, [2000] 1 C.N.L.R. 176, [1999] B.C.J. No. 2129 (QL). Pourvoi accueilli.

Timothy P. Leadem, c.r., et *Kathryn Kickbush*, pour les appelants.

M. Hugh G. Braker, c.r., et *Robert C. Freedman*, pour l'intimé.

T. Murray Rankin, c.r., et *Mark G. Underhill*, pour l'intervenante Forest Appeals Commission.

Mitchell R. Taylor et *Peter Southey*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Pierre-Christian Labeau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Holly D. Penner, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Argumentation écrite seulement par *P. Mitch McAdam*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Written submissions only by *Kurt J. W. Sandstrom*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Arthur C. Pape and *Jean Teillet*, for the intervener the First Nations Summit.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Overview

These are the reasons following the decision of the Court on June 11, 2003 to allow the appeal. In August 1995, an official in the British Columbia Ministry of Forestry seized four logs in the possession of Thomas Paul, a registered Indian. Mr. Paul had cut three trees and found the fourth, and planned to use the wood to build a deck on his home. Mr. Paul asserted that he had an aboriginal right to cut timber for house modification, and accordingly that s. 96 of the *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, c. 159 (“Code”), a general prohibition against cutting Crown timber, did not apply to him. Both the District Manager and the Administrative Review Panel agreed that Mr. Paul had contravened s. 96. Mr. Paul then appealed to the Forest Appeals Commission (“Commission”). No one disputes these facts.

The issue in dispute is whether the Commission has jurisdiction to hear Mr. Paul’s defence that he cut the trees and possessed the logs in the exercise of his aboriginal rights. To this point, Mr. Paul has asserted his right but never attempted to prove it. The issue is not whether provincial legislation can override an aboriginal right recognized and affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. As the submissions by the parties and the interveners show, the question is of great significance both to aboriginal persons and to provincial governments, which enable administrative tribunals to address a

Argumentation écrite seulement par *Kurt J. W. Sandstrom*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Arthur C. Pape and *Jean Teillet*, pour l’intervenant First Nations Summit.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Aperçu

Voici les motifs qui suivent la décision d’accueillir le pourvoi que la Cour a rendue le 11 juin 2003. En août 1995, un fonctionnaire du ministère des Forêts de la Colombie-Britannique a saisi quatre troncs d’arbre que Thomas Paul, un Indien inscrit, avait en sa possession. Monsieur Paul avait coupé trois arbres et en avait trouvé un quatrième, et il comptait les utiliser pour construire une terrasse chez lui. Monsieur Paul a fait valoir qu’il avait le droit ancestral de couper des arbres pour apporter des améliorations à sa maison et que, par conséquent, l’art. 96 de la *Forest Practices Code of British Columbia Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 159 (« Code »), qui établit une interdiction générale de la coupe d’arbres situés sur les terres de la Couronne, ne s’appliquait pas à lui. Le chef de district et le comité de révision administrative ont tous les deux convenu que M. Paul avait enfreint l’art. 96. Ce dernier a alors interjeté appel devant la Forest Appeals Commission (« commission »). Personne ne conteste ces faits.

La question est de savoir si la commission est compétente pour entendre le moyen de défense de M. Paul selon lequel il a coupé les arbres et avait les troncs d’arbre en sa possession dans l’exercice de ses droits ancestraux. Jusqu’à maintenant, M. Paul a invoqué son droit sans toutefois jamais tenter d’en faire la preuve. Il ne s’agit pas ici de savoir si une mesure législative provinciale peut supprimer un droit ancestral reconnu et confirmé par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme en témoignent l’argumentation des parties et des intervenants, la question revêt une grande

vast diversity of issues that may encompass s. 35 rights.

3

The Commission had decided, as a preliminary matter of jurisdiction, that it was able to hear and determine the aboriginal rights issues in the appeal. In the Supreme Court of British Columbia, Mr. Paul moved, under the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, for an order for *certiorari* quashing the preliminary decision of the Commission and an order of prohibition preventing the Commission from considering and determining questions relative to his aboriginal rights. Pitfield J., the chambers judge, concluded that the Legislature of British Columbia had validly conferred on the Commission the power to decide questions relating to aboriginal title and rights in the course of its adjudicative function in relation to contraventions of the Code: (1999), 179 D.L.R. (4th) 351. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal: (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 210, 2001 BCCA 411. Lambert J.A. concluded that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which gives Parliament exclusive power to legislate in relation to Indians, precluded the Legislature from conferring jurisdiction on the Commission to determine questions of aboriginal title and rights in the forestry context. Huddart J.A., dissenting, held that an administrative decision maker must be able to decide questions of aboriginal rights necessary to the exercise of its statutory authority. Specifically, she held that the Commission had capacity to hear and decide the issues in relation to Mr. Paul's aboriginal rights.

4

In the hearing before this Court, all parties conceded the general validity of the Code and of the Legislature's power to create the Commission. The Code, a law of general application, is clearly legislation in relation to the development, conservation and management of forestry resources in the

importance tant pour les autochtones que pour les gouvernements provinciaux, qui habilite des tribunaux administratifs à examiner une grande variété de questions pouvant englober les droits visés à l'art. 35.

La commission avait décidé, au sujet d'une question préliminaire de compétence, qu'elle pouvait entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux soulevées dans l'appel. Devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, M. Paul s'est fondé sur la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 241, pour solliciter une ordonnance de *certiorari* annulant la décision préliminaire de la commission, ainsi qu'une ordonnance de prohibition empêchant la commission d'examiner et de trancher des questions relatives à ses droits ancestraux. Le juge Pitfield, siégeant en chambre, a conclu que la législature de la Colombie-Britannique avait validement conféré à la commission le pouvoir de trancher des questions touchant le titre aborigène et les droits ancestraux dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle portant sur des infractions au Code : (1999), 179 D.L.R. (4th) 351. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel : (2001), 89 B.C.L.R. (3d) 210, 2001 BCCA 411. Le juge Lambert a conclu que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui confère au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer relativement aux Indiens, empêchait la législature d'accorder à la commission la compétence pour trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans le domaine des ressources forestières. La juge Huddart, dissidente, a décidé que toute instance décisionnelle administrative doit être compétente pour trancher des questions de droits ancestraux quand cela est nécessaire à l'exercice du pouvoir dont l'investit la loi. Plus précisément, elle a conclu que la commission avait compétence pour entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux de M. Paul.

À l'audience devant notre Cour, toutes les parties ont reconnu la validité générale du Code et du pouvoir de la législature de créer la commission. Le Code, qui est un texte législatif d'application générale, concerne nettement l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources

province under s. 92A(1)(b) of the *Constitution Act, 1867*. Within the Code, ss. 130 to 141 regulate the appeals process for all persons, rather than singling out Indians or any other group.

There are two prongs to the respondent's challenge to the jurisdiction of the Commission. The first is that the Legislature of British Columbia cannot give the Commission the power to adjudicate questions relating to aboriginal rights, on the basis that doing so would encroach on the federal power under s. 91(24). This is the constitutional argument. The majority of the Court of Appeal had also determined, as an alternative approach, that the Code ran afoul of the doctrine of interjurisdictional immunity. The Court of Appeal reasoned that, since the existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights come within the essential core of "Indianness" (*Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010), a law granting quasi-judicial jurisdiction to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights intrudes upon the core of Indianness and is therefore inapplicable to Indians. Furthermore, held the majority, s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which makes provincial laws of general application apply to Indians, fails to invigorate the relevant portions of the Code, since s. 88 incorporates laws respecting Indians, not land.

With respect, I think that the majority of the Court of Appeal misunderstood the scope of the doctrine of interjurisdictional immunity. The doctrine relates to the exercise of legislative powers, that is, the power of a province to apply its valid legislation that affects matters under federal competence. As the parties conceded, the Code is constitutional. The majority of the Court of Appeal applied the doctrine in the context of an adjudicative, not legislative, function. The effect of the Code is not to alter the substance of any federal rule or aboriginal right, but rather to prescribe that Indians charged under the Code will first raise an aboriginal rights defence before the Commission, as opposed to before a superior court judge. This effect

forestières de la province, au sens de l'al. 92A(1)(b) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 130 à 141 du Code régissent la procédure d'appel applicable à chacun, sans viser spécifiquement les Indiens ou quelque autre groupe.

La contestation de la compétence de la commission par l'intimé comporte deux volets. Le premier volet veut que la législature de la Colombie-Britannique ne puisse pas habiliter la commission à trancher des questions relatives aux droits ancestraux, du fait qu'elle se trouverait alors à empiéter sur la compétence fédérale prévue au par. 91(24). Il s'agit là de l'argument de l'inconstitutionnalité. La Cour d'appel à la majorité a aussi conclu, subsidiairement, que le Code contrevenait au principe de l'exclusivité des compétences. Elle a estimé que, puisque l'existence et l'étendue du titre aborigène et des droits ancestraux relèvent de l'essentiel de l'« indianité » (*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010), une loi attributive du pouvoir quasi judiciaire de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux empiète sur l'essentiel de l'indianité et est donc inapplicable aux Indiens. En outre, les juges majoritaires ont conclu que l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui prévoit que les lois d'application générale d'une province s'appliquent aux Indiens, ne revigore pas les parties pertinentes du Code étant donné qu'il incorpore des règles de droit relatives aux Indiens et non aux terres.

En toute déférence, j'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont mal saisi la portée du principe de l'exclusivité des compétences. Ce principe concerne l'exercice des compétences législatives, c'est-à-dire le pouvoir d'une province d'appliquer ses mesures législatives valides touchant à des matières relevant de la compétence fédérale. Comme les parties l'ont reconnu, le Code est conforme à la Constitution. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont appliqué le principe de l'exclusivité des compétences dans le contexte d'une fonction juridictionnelle et non législative. Le Code a pour effet non pas de modifier le contenu d'une règle fédérale ou d'un droit ancestral, mais plutôt d'obliger les Indiens

5

6

has not been shown to have a substantial impact upon Indians *qua* Indians. There is therefore no need to consider s. 88; the Code applies *ex proprio vigore*.

accusés d'une infraction au Code à invoquer le moyen de défense fondé sur les droits ancestraux d'abord devant la commission plutôt que devant un juge d'une cour supérieure. Il n'a pas été démontré que cet effet a eu une incidence marquée sur les Indiens en tant qu'Indiens. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'art. 88; le Code s'applique *ex proprio vigore*.

7

The second prong of Mr. Paul's challenge deals with the Commission's statutory jurisdiction. The respondent argued that the enabling provisions of the Code were insufficient to empower the Commission to decide the existence of aboriginal rights or title. Mr. Paul argues that the Legislature would need to confer the power to determine such questions, even ones arising incidentally to forestry matters, upon the Commission expressly. I note that the appellants agree with the respondent that the particular provisions of the Code fail to confer such power on the Commission. Only the Commission itself, intervening, believes it has been so empowered. Since the majority of the Court of Appeal believed that granting the Commission power to determine questions of aboriginal law would be unconstitutional, it did not examine the statutory interpretation question in detail. Nevertheless, the majority believed that practical considerations militated against a finding that the Code conferred jurisdiction on the Commission. In his brief concurring reasons, Donald J.A. referred to *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, as authority for the importance of practical considerations in seeking out implied jurisdiction (paras. 92-109). This prong of the challenge is the administrative law question of interpretation of a tribunal's enabling statute.

Le second volet de la contestation de M. Paul a trait à la compétence que la loi confère à la commission. L'intimé soutient que les dispositions habilitantes du Code sont insuffisantes pour habiliter la commission à se prononcer sur l'existence d'un titre aborigène ou de droits ancestraux. Monsieur Paul soutient que la législature devrait avoir conféré expressément à la commission le pouvoir de trancher ces questions, même les questions accessoires liées aux ressources forestières. Je souligne que les appelants conviennent avec l'intimé que les dispositions particulières du Code ne confèrent pas un tel pouvoir à la commission. Seule la commission elle-même, qui intervient, croit avoir été investie de ce pouvoir. Étant donné leur avis que l'attribution à la commission du pouvoir de trancher des questions de droit autochtone serait inconstitutionnelle, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas examiné de manière approfondie la question de l'interprétation de la mesure législative en cause. Ils estimaient, néanmoins, que des considérations pratiques militaient contre la conclusion que le Code attribuait cette compétence à la commission. Dans de brefs motifs concourants, le juge Donald s'est fondé sur l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, pour souligner l'importance des considérations pratiques lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une compétence implicite (par. 92-109). Ce volet de la contestation concerne la question — de droit administratif — de l'interprétation de la loi habilitante d'un tribunal administratif.

8

The facts in this appeal and in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, released concurrently, have given this Court the opportunity to

Les faits de la présente affaire et de l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, déposé simultanément, ont permis à notre Cour de

reappraise the law respecting the jurisdiction of administrative tribunals to apply the Constitution. The correct approach in a constitutional case such as the present appeal is the same as that in *Martin*, which concerns the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. That approach is to determine whether the tribunal is empowered to decide questions of law. If so, the judge must verify whether there is a clear implication arising from the statutory scheme that the power to decide questions of law was meant to exclude the legal issues under review. In this case, s. 131(8) of the Code permits a party to “make submissions as to facts, law and jurisdiction”. It is therefore clear that the Commission has power to determine questions of law. The Commission is not restricted to the issues considered by the Administrative Review Panel, the decision maker appealed from. Any restriction on the Commission’s remedial powers is not determinative, nor is the complexity of the questions. Nothing in the Code provides a clear implication to rebut the presumption that the Commission may decide questions of aboriginal law.

II. Analysis

My analysis follows the two prongs of the challenge to the Commission’s jurisdiction identified above. In the first part, the division of powers discussion, the question is whether the Legislature of British Columbia is constitutionally capable of conferring on an administrative tribunal the power to determine questions of aboriginal right and title as they arise in the course of the tribunal’s duties. In the second part, I will consider the extent of the power actually conferred on the Commission in this case. I turn first to the doctrines relevant to determining the Legislature’s powers in endowing administrative tribunals to adjudicate questions relative to aboriginal rights.

réévaluer la règle de droit concernant la compétence des tribunaux administratifs pour appliquer la Constitution. L’approche qui doit être adoptée dans une affaire constitutionnelle comme celle dont nous sommes saisis en l’espèce est la même que celle retenue dans l’arrêt *Martin* relativement à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle consiste à se demander si le tribunal administratif est habilité à trancher des questions de droit. Dans l’affirmative, le juge doit vérifier s’il ressort clairement du régime établi par la loi que le pouvoir de trancher des questions de droit est censé ne pas s’appliquer aux questions de droit qui font l’objet de l’examen. En l’espèce, le par. 131(8) du Code permet à une partie de [TRADUCTION] « présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence ». La commission a donc clairement le pouvoir de trancher des questions de droit. Elle n’est pas obligée de s’en tenir uniquement aux questions examinées par le comité de révision administrative, l’instance décisionnelle dont la décision est portée en appel. Une limitation des pouvoirs de la commission d’accorder une réparation n’est pas déterminante, pas plus que ne l’est la complexité des questions. Rien dans le Code ne permet clairement de réfuter la présomption que la commission peut trancher des questions de droit autochtone.

II. Analyse

Dans mon analyse, je reprends les deux volets de la contestation de la compétence de la commission, décrits précédemment. Dans la première partie, celle de l’analyse du partage des compétences, il s’agit de savoir si la Constitution habilite la législature de la Colombie-Britannique à investir un tribunal administratif du pouvoir de trancher, dans l’accomplissement de sa mission, des questions de titre aborigène et de droits ancestraux. Dans la seconde partie, j’examine l’étendue du pouvoir réellement conféré à la commission en l’espèce. Je vais d’abord exposer les principes applicables pour déterminer les pouvoirs de la législature d’habiliter des tribunaux administratifs à trancher des questions relatives aux droits ancestraux.

A. *Division of Powers: Can the Province Empower the Commission to Hear and Determine Section 35 Questions?*

(1) The Scope of the Constitutional Challenge

10

It is important to indicate precisely which provisions of the Code are under discussion at this point. The challenge is to the notion that ss. 130 to 141, which provide that a person may appeal the decision of the Administrative Review Panel to the Commission, permit the Commission to hear and rule upon a defence of aboriginal rights. In contrast, there is no challenge to the substantive prohibition, which appears in s. 96(1):

96 (1) A person must not cut, remove, damage or destroy Crown timber unless authorized to do so

Nor, I should note, do the appellants take the position that s. 96(1) would prevail in a conflict with a demonstrated aboriginal right affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Once an aboriginal right is proven, s. 96(1) would be of no effect to the extent that it was inconsistent with that right, unless that inconsistency could be justified according to the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. On this, there is no dispute.

(2) The Validity and Application of the Code

11

As I noted above, at the hearing the parties conceded that the Code is in its entirety valid provincial legislation. In any case, it is clear to me that the Code is legislation in relation to development, conservation and management of forestry resources in the province, under s. 92A(1)(b) of the *Constitution Act, 1867*. There was no argument made that the entire Code, or that portion treating appeals before the Commission, has as its true meaning, essential character, or core matters relating to Indians and lands reserved for the Indians (s. 91(24)) or to

A. *Partage des compétences : La province peut-elle habiliter la commission à entendre et à trancher des questions relatives à l'art. 35?*

(1) La portée de la contestation fondée sur la Constitution

À ce stade, il importe de préciser quelles dispositions du Code sont en cause. On conteste l'idée que les art. 130 à 141, qui prévoient qu'une personne peut appeler devant la commission de la décision du comité de révision administrative, permettent à la commission d'entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral et de rendre une décision à cet égard. Par contre, aucune attaque n'est dirigée contre l'interdiction substantielle énoncée au par. 96(1) :

[TRADUCTION]

96 (1) Nul ne peut, à moins d'être autorisé à le faire, couper, enlever, endommager ou détruire les arbres situés sur les terres de la Couronne

Je tiens à souligner que les appelants ne prétendent pas non plus que le par. 96(1) l'emporterait s'il entrerait en conflit avec un droit ancestral confirmé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une fois établie l'existence d'un droit ancestral, le par. 96(1) serait inopérant dans la mesure où il serait incompatible avec ce droit, sauf si cette incompatibilité était justifiable selon le critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Il n'existe aucune controverse à cet égard.

(2) La validité et l'application du Code

Comme je l'ai déjà souligné, les parties ont reconnu, à l'audience, que le Code dans son ensemble est une mesure législative provinciale valide. De toute façon, il est évident, selon moi, qu'il concerne nettement l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources forestières de la province, au sens de l'al. 92A(1)b) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Personne n'a fait valoir que le Code en entier ou la partie qui traite des appels devant la commission vise véritablement, essentiellement ou principalement des matières

any other federal head of power. More specifically, there was no suggestion that, in operation, the law's effects on Indians are so significant as to reveal a pith and substance that is a matter under exclusive federal competence: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 54; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 18.

As a law of general application, the Code applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the "core of Indianness" and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. There is no need to consider whether s. 88 of the *Indian Act* would revive the statute and render it applicable.

In the classic federalism cases, the *vires* of legislation is challenged: *Reference re Firearms Act (Can.)*, *supra*; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21. Here the question is the relationship between valid provincial legislation and matters under the federal competence to legislate under s. 91(24).

(3) Incidental Effects

The doctrine of incidental effects holds that where there is a valid provincial law of general application, the provincial law applies if its effects upon matters within federal legislative competence are "merely incidental, irrelevant for constitutional purposes": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 15-8, quoted in *Global Securities*, *supra*, at para. 22. See also *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 670. In other words, as Iacobucci and Major JJ. put it in *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 81, "it

concernant les Indiens et les terres réservées aux Indiens (par. 91(24)) ou encore tout autre chef de compétence fédérale. Plus précisément, personne n'a laissé entendre que, dans son application, la loi en cause a sur les Indiens des effets importants au point d'en faire une mesure législative qui, de par son caractère véritable, touche à un chef de compétence fédérale exclusive : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 54; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 18.

En tant que loi d'application générale, le Code s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l'essentiel de l'indianité » et n'est pas incompatible de manière injustifiable avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n'est pas nécessaire de se demander si l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens* redonnerait vie à la loi et la rendrait applicable.

Dans la jurisprudence classique sur le fédéralisme, c'est la constitutionnalité d'une mesure législative qui est en cause : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, précité; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21. En l'espèce, il est question du lien entre une mesure législative provinciale valide et des matières relevant de la compétence législative fédérale prévue au par. 91(24).

(3) Effets accessoires

La règle des effets accessoires veut que toute loi provinciale d'application générale qui est valide s'applique si ses effets sur des matières relevant de la compétence législative fédérale sont [TRADUCTION] « simplement accessoire[s] et [ne sont] pas pertinent[s] sur le plan constitutionnel » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 15-8, cité dans *Global Securities*, précité, par. 22. Voir également *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 670. Autrement dit, pour reprendre les propos des juges Iacobucci et Major

12

13

14

is constitutionally permissible for a validly enacted provincial statute of general application to affect matters coming within the exclusive jurisdiction of Parliament". Since all relevant provisions of the Code are valid provincial legislation, it follows that by virtue of the doctrine of incidental effects, any impact of the Code upon aboriginals is irrelevant for classification purposes. It remains to be seen, however, whether the law's application to specific factual contexts can be put in issue.

(4) Interjurisdictional Immunity

15

The doctrine of interjurisdictional immunity is engaged when a provincial statute trenches, either in its entirety or in its application to specific factual contexts, upon a head of exclusive federal power. The doctrine provides that, where the general language of a provincial statute can be read to trench upon exclusive federal power in its application to specific factual contexts, the statute must be read down so as not to apply to those situations: *Grail, supra*, at para. 81. The doctrine has limited the application of a provincial statute to a matter of exclusive federal power in numerous contexts. For example, in *Grail*, a provincial statute of general application was found to have the effect of regulating indirectly an issue of maritime negligence law. The provincial statute had the effect of supplementing existing rules of federal maritime negligence law in such a manner that the provincial law effectively altered rules within the exclusive competence of Parliament. Accordingly, the provincial statute of general application was read down so as not to apply to a maritime negligence action. In *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, this Court held that a provincial occupational health and safety statute was inapplicable to a federal undertaking. More relevant, for present purposes, in *Delgamuukw, supra*, at para. 181, Lamer C.J. held that s. 91(24) protects a "core" of Indianness from provincial laws of general application, through operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. See also *Kitkatla Band, supra*, at para. 75: in that case it was not established that the

dans l'arrêt *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 81, « la Constitution permet qu'une loi provinciale de portée générale, valablement édictée, touche des questions relevant de la compétence exclusive du Parlement ». Comme toutes les dispositions pertinentes du Code sont des mesures législatives provinciales valides, il s'ensuit que, en vertu de la règle des effets accessoires, toute incidence du Code sur les autochtones n'est pas pertinente aux fins de classification. Il reste toutefois à voir si l'application de la loi à des contextes factuels particuliers peut être contestée.

(4) Exclusivité des compétences

Le principe de l'exclusivité des compétences s'applique quand une loi provinciale, en entier ou encore lorsqu'elle est appliquée à des contextes factuels particuliers, empiète sur un chef de compétence fédérale exclusive. Ce principe veut que, lorsqu'il est possible de considérer que, de par son libellé général, une loi provinciale empiète sur une compétence fédérale exclusive dans des contextes factuels particuliers, cette loi doit faire l'objet d'une interprétation atténuée afin d'éviter qu'elle s'applique à ces situations : *Grail*, précité, par. 81. Le principe a permis, dans maints contextes, de limiter l'application d'une loi provinciale à une matière relevant de la compétence fédérale exclusive. Par exemple dans l'arrêt *Grail*, la Cour a jugé qu'une loi provinciale d'application générale avait pour effet de réglementer indirectement une question de droit maritime en matière de négligence. La loi provinciale avait pour effet de compléter les règles de droit maritime en matière de négligence au point de modifier, en fait, des règles relevant de la compétence exclusive du Parlement. La loi provinciale d'application générale a donc été interprétée de façon atténuée pour empêcher qu'elle s'applique aux actions pour négligence en matière maritime. Dans l'arrêt *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, notre Cour a décidé qu'une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail était inapplicable à une entreprise fédérale. Un arrêt plus pertinent pour les besoins du présent pourvoi est *Delgamuukw*, précité, où le juge en chef Lamer a conclu, au par. 181, qu'en vertu du

impugned provisions affected “the essential and distinctive core values of Indianness”, and thus they did not “engage the federal power over native affairs and First Nations in Canada”.

The question, then, is whether, in a valid law of general application, provisions that empower a provincially constituted administrative tribunal to hear and rule upon arguments relating to aboriginal rights as they arise in execution of its provincial mandate trench upon the core of Indianness. If so, those provisions will be inapplicable to Indians.

(5) Application: Adjudication Versus Legislation

Lambert J.A., in the British Columbia Court of Appeal, concluded that such provisions would touch the core of Indianness. The doctrine of interjurisdictional immunity would, accordingly, render those enabling provisions inapplicable to questions of aboriginal law. It is helpful to review the heart of his reasoning on this point, at para. 72:

The existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights has been held in *Delgamuukw* to come within the essential core of Indianness. That being so, I cannot imagine that a law granting quasi-judicial jurisdiction to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights could be anything other than equally and co-extensively within the core of Indianness. As such it fulfils the conditions for application of the principle of interjurisdictional immunity

This short passage reveals the fundamental error in the analysis of the majority of the Court of Appeal. It equates legislation respecting the “existence and extent of aboriginal title and aboriginal rights” (a legislative or regulatory function) with legislation enabling a board “to determine matters of aboriginal title and aboriginal rights” (an

principe de l’exclusivité des compétences, le par. 91(24) protège « l’essentiel » de l’indianité contre les lois provinciales d’application générale. Voir aussi l’arrêt *Bande Kitkatla*, précité, par. 75; dans cette affaire, il n’avait pas été démontré que les dispositions attaquées portaient atteinte aux « valeurs fondamentales de l’indianité » et, par conséquent, elles ne mettaient pas « en cause le pouvoir fédéral sur les affaires indiennes et les Premières nations au Canada ».

La question est donc de savoir si les dispositions d’une loi d’application générale valide, qui habilite un tribunal administratif provincial à entendre et à trancher des arguments relatifs aux droits ancestraux en accomplissant la mission que lui confie la province, empiètent sur l’essentiel de l’indianité. Dans l’affirmative, ces dispositions sont inapplicables aux Indiens.

(5) Application : fonction juridictionnelle par opposition à fonction législative

Le juge Lambert de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que de telles dispositions touchaient à l’essentiel de l’indianité. Le principe de l’exclusivité des compétences rendait donc ces dispositions habilitantes inapplicables aux questions de droit autochtone. Il est utile de rappeler l’essentiel de son raisonnement sur ce point, au par. 72 :

[TRADUCTION] La Cour a jugé, dans l’arrêt *Delgamuukw*, que l’existence et l’étendue du titre aborigène et des droits ancestraux relèvent de l’essentiel de l’indianité. Cela étant, je ne puis concevoir qu’une loi attributive du pouvoir quasi judiciaire de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux ne relève pas, de la même manière et dans la même mesure, de l’essentiel de l’indianité. Voilà pourquoi elle remplit les conditions d’application du principe de l’exclusivité des compétences

Ce bref extrait révèle l’erreur fondamentale que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont commise dans leur analyse. On y assimile une loi concernant « l’existence et l’étendue du titre aborigène et des droits ancestraux » (une fonction législative ou réglementaire) à une loi habitant un organisme administratif à « trancher des

16

17

18

adjudicative function) (emphasis added). The respondent made the same error, stating in his factum that “the province’s power to enact the jurisdiction-granting sections of the Code cannot extend to matters that are not within the province’s legislative competence” (respondent’s factum, at para. 105).

19

Legislation that triggers the doctrine of inter-jurisdictional immunity purports to regulate indirectly matters within exclusive federal competence, that is, to alter rights and obligations. Such inapplicable legislation may purport to “supplement” existing federal rules, as in *Grail, supra*. It may purport to “regulate” the essential parts of federal undertakings, as in *Bell, supra*. To my knowledge, none of the authorities applying the doctrine of interjurisdictional immunity has done so in respect of an adjudicative function. The function at issue in this appeal is one of identifying where existing aboriginal rights affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* prevail over provisions in the Code. The Commission’s enabling provisions do not attempt to supplement or amend the constitutional and federal rules respecting aboriginal rights. Indeed, the question is whether the legislature may empower the Commission to take cognizance of existing constitutional rights and rights under federal rules, not to alter or supplant them. In my view, as I shall explain, there is no reason under the Constitution that the legislature may not so empower the Commission.

20

The respondent cites Professor Hogg’s discussion of the rationale for the conferral upon Parliament by the founders of Confederation of legislative power over Indians. Professor Hogg writes that the main reason “seems to have been a concern for the protection of the Indians against local settlers” (Hogg, *supra*, at p. 27-2). Once adjudicative and legislative functions are separated, however, it becomes clear that neither s. 91(24) itself nor Professor Hogg’s

questions de titre aborigène et de droits ancestraux » (une fonction juridictionnelle) (je souligne). L’intimé a commis la même erreur en affirmant, dans son mémoire, que [TRADUCTION] « le pouvoir de la province d’édicter les articles attributifs de compétence du Code ne peut pas s’étendre aux matières qui ne relèvent pas de la compétence législative de la province » (mémoire de l’intimé, par. 105).

Une mesure législative qui déclenche l’application du principe de l’exclusivité des compétences est censée régir indirectement des matières relevant de la compétence fédérale exclusive, c’est-à-dire modifier des droits et des obligations. Une telle mesure législative inapplicable peut être censée « compléter » des règles fédérales existantes, comme dans l’affaire *Grail*, précitée. Elle peut être censée « régir » les composantes essentielles d’une entreprise fédérale, comme dans l’affaire *Bell*, précitée. Je ne connais aucun précédent où le principe de l’exclusivité des compétences a été appliqué relativement à une fonction juridictionnelle. La fonction en cause dans la présente affaire consiste à déterminer dans quels cas les droits ancestraux existants confirmés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* l’emportent sur les dispositions du Code. Les dispositions habilitantes de la commission ne visent pas à compléter ou à modifier les règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux. En fait, la question est de savoir si la législature peut habiliter la commission à prendre connaissance des droits garantis par la Constitution et des droits conférés par les règles fédérales, et non pas à les modifier ou à les remplacer. Comme je vais l’expliquer, j’estime que la Constitution n’empêche pas la législature d’habiliter ainsi la commission.

L’intimé cite l’analyse que fait le professeur Hogg des raisons qui ont incité les pères de la Confédération à conférer au Parlement la compétence législative à l’égard des Indiens. Le professeur Hogg écrit que la raison principale [TRADUCTION] « semble avoir été le souci de protéger les Indiens contre les colons qui les côtoyaient » (Hogg, *op. cit.*, p. 27-2). Toutefois, dès que les fonctions juridictionnelle et législative sont séparées, il devient évident

discussion refers to adjudication. The passage is therefore unhelpful in this context.

The conclusion that a provincial board may adjudicate matters within federal legislative competence fits comfortably within the general constitutional and judicial architecture of Canada. In determining, incidentally, a question of aboriginal rights, a provincially constituted board would be applying constitutional or federal law in the same way as a provincial court, which of course is also a creature of provincial legislation. At the hearing all parties agreed that a provincial court may determine s. 35 issues. I believe that *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, is helpful. It stands for the proposition that legislative and adjudicative competence are not coterminous. In that case, this Court concluded that a small claims court, a provincially constituted inferior court, was competent to hear a case of admiralty law. Admiralty law, of course, falls within exclusive federal competence. The Court noted that, within the unitary court system in Canada, provincially constituted inferior and superior courts apply federal as well as provincial laws. There are procedural and structural differences between provincially created courts and administrative tribunals, including the judicial independence requirements bearing upon them. Nevertheless, I believe that, analogous to the result in *Pembina*, *supra*, the division of powers does not preclude a validly constituted provincial administrative tribunal, legislatively empowered to do so, from determining questions of constitutional and federal law arising in the course of its work.

I do not agree with the respondent that the conclusion in *Pembina* that a provincially constituted court could determine questions of federal law

que ni le par. 91(24) lui-même ni l'analyse du professeur Hogg ne se rapportent à la fonction juridictionnelle. Ce passage ne nous est donc d'aucun secours dans le présent contexte.

La conclusion qu'un organisme administratif provincial peut trancher sur des questions relevant de la compétence législative fédérale cadre bien avec l'architecture constitutionnelle et judiciaire générale de notre pays. En tranchant, de manière accessoire, une question de droits ancestraux, un organisme administratif créé par une province se trouverait à appliquer des règles de droit constitutionnelles ou fédérales de la même manière qu'une cour provinciale qui, de toute évidence, est aussi une création de la loi provinciale. À l'audience, toutes les parties ont convenu qu'une cour provinciale peut trancher des questions relatives à l'art. 35. L'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, est utile, selon moi. Il permet d'affirmer que la compétence législative et la compétence juridictionnelle ne coïncident pas. Dans cette affaire, notre Cour a conclu qu'une cour des petites créances, cour provinciale d'instance inférieure, avait compétence pour trancher un litige en droit maritime. Le droit maritime relève bien entendu de la compétence législative fédérale exclusive. La Cour a fait remarquer qu'au sein du système judiciaire unitaire canadien, les cours provinciales d'instance inférieure et d'instance supérieure appliquent les lois tant fédérales que provinciales. Les tribunaux administratifs et les cours de justice créés par une province présentent des différences autant procédurales que structurelles, dont celles que l'on peut constater sur le plan des exigences d'indépendance auxquelles ils sont assujettis. Je crois néanmoins, comme la Cour l'a conclu dans l'arrêt *Pembina*, précité, que le partage des compétences n'empêche pas un tribunal administratif valablement constitué par une province, et habilité à le faire par le législateur, de trancher des questions de droit constitutionnel et de droit fédéral dans l'accomplissement de sa mission.

Je ne partage pas l'avis de l'intimé que la conclusion de l'arrêt *Pembina*, selon laquelle une cour provinciale peut trancher des questions de droit

implies, *a contrario*, that a provincially constituted administrative tribunal cannot do so. First, while I need not decide this point, it is arguable that La Forest J.'s reference to "courts of inferior jurisdiction" naturally includes an adjudicative tribunal such as the Commission. Such a conclusion follows perhaps even more readily from the French version, "*tribunaux d'instance inférieure*" (*Pembina*, *supra*, at p. 225). Second, even if the statement in *Pembina* does not embrace the Commission, La Forest J. was speaking of the jurisdiction of a small claims court, and I do not think he can be taken to have been pronouncing, by implication, on broader questions. Third, the constitutional protection of judicial review of administrative tribunals, derived from s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, integrates administrative tribunals into the unitary system of justice: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. By performing judicial review of the decisions of administrative tribunals, superior courts play an important role in assuring respect for the rule of law (*Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21). While there are distinctions between administrative tribunals and courts, both are part of the system of justice. Viewed properly, then, the system of justice encompasses the ordinary courts, federal courts, statutory provincial courts and administrative tribunals. It is therefore incoherent to distinguish administrative tribunals from provincial courts for the purpose of deciding which subjects they may consider on the basis that only the latter are part of the unitary system of justice.

fédéral, signifie par contre qu'un tribunal administratif provincial ne peut pas le faire. Premièrement, bien que je n'aie pas à me prononcer sur ce point, il se peut que les propos du juge La Forest, et plus particulièrement l'expression « tribunaux d'instance inférieure » qu'il utilise dans ses motifs (*Pembina*, précité, p. 225), visent forcément un tribunal administratif, comme la commission, qui exerce une fonction juridictionnelle. Deuxièmement, même si l'affirmation contenue dans l'arrêt *Pembina* ne vise pas la commission, le juge La Forest parlait de la compétence d'une cour des petites créances, et je ne crois pas qu'il faille considérer qu'il s'est prononcé implicitement sur des questions plus générales. Troisièmement, la protection constitutionnelle du contrôle judiciaire des tribunaux administratifs, qui émane de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intègre les tribunaux administratifs dans le système judiciaire unitaire : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220. En contrôlant les décisions de tribunaux administratifs, les cours supérieures contribuent de façon importante à assurer le respect de la primauté du droit (*Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21). Malgré leurs différences, les tribunaux administratifs et les cours de justice font tous partie du système judiciaire. Il est donc juste de considérer que le système judiciaire englobe les tribunaux de droit commun, les cours fédérales, les cours créées par une loi provinciale et les tribunaux administratifs. Pour décider quelles matières relèvent de leur compétence, il est donc illogique de distinguer les tribunaux administratifs des cours provinciales pour le motif que seules les cours provinciales font partie du système judiciaire unitaire.

23

The conclusion sought by the respondent would pose intractable difficulties for administrative tribunals in the execution of their tasks. A provincially constituted board cannot respect the division of powers under the *Constitution Act, 1867* if it is unable to take into account the boundary between provincial and federal powers. For example, in *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65, the Law Society could only stay within the limits of its jurisdiction to review a

La conclusion sollicitée par l'intimé mettrait les tribunaux administratifs aux prises avec des difficultés insurmontables dans l'accomplissement de leur mission. Un organisme administratif provincial ne peut pas respecter le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* s'il est incapable de tenir compte de la ligne de démarcation entre les compétences provinciales et fédérales. Par exemple, dans l'affaire *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC

prosecutor's ethical breach if it considered federal law relating to prosecutorial discretion. Indeed, a multitude of administrative tribunals, both provincial and federal, routinely make determinations respecting matters within the competence of the other legislator. Provincial boards may have an express statutory mandate to pronounce upon federal legislation: *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 92.1; *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 48; *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 492 (enabling legislation of provincial boards directing them to interpret and apply federal income tax, pension and employment insurance legislation). Alternatively, the necessity to consider a question of constitutional or federal law may simply arise in the course of a primary determination: *Buhs v. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41, at para. 31 (municipal tax Board of Revision could hear assessment appeal on ground that property subject to aboriginal title). In short, in applying their enabling legislation, boards must take into account all applicable legal rules, both federal and provincial. I therefore decline to accept the respondent's argument and its logical extension that the practices just described are constitutionally impermissible.

Further reasons persuade me to reject the respondent's general position that questions relating to aboriginal rights are untouchable by a provincially created tribunal by virtue of their falling within federal legislative competence. It is necessary to examine side by side two provisions in the Constitution. The one on which the respondent relies heavily is s. 91(24), which empowers Parliament to legislate in relation to "Indians, and Land reserved for the Indians". The other is s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Unless

65, le barreau ne pouvait agir que dans les limites de sa compétence pour examiner un manquement à la déontologie d'un procureur, s'il examinait le droit fédéral concernant le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En fait, une multitude de tribunaux administratifs, tant provinciaux que fédéraux, rendent couramment des décisions concernant des matières relevant de la compétence de l'autre législateur. Les organismes administratifs provinciaux peuvent se voir confier explicitement, par la loi, une mission qui les autorise à se prononcer sur des mesures législatives fédérales : *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 92.1; *Workers' Compensation Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 48; *Workers Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 492 (lois habilitant des organismes administratifs provinciaux à interpréter et à appliquer les lois fédérales en matière d'impôt, de régime de pensions et d'assurance-emploi). Subsidiairement, la nécessité d'examiner une question de droit constitutionnel ou de droit fédéral peut simplement découler d'une première décision : *Buhs c. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47* (2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41, par. 31 (la commission de révision de l'impôt municipal pouvait entendre l'appel qui avait été interjeté contre l'évaluation pour le motif que l'immeuble était assujéti à un titre aborigène). Bref, en appliquant leur loi habilitante, les organismes administratifs doivent tenir compte de toutes les règles de droit fédérales et provinciales applicables. Je ne retiens donc pas l'argument de l'intimé ni sa suite logique voulant que les pratiques que je viens d'exposer soient inacceptables sur le plan constitutionnel.

D'autres raisons m'incitent à rejeter le point de vue général de l'intimé voulant qu'un tribunal administratif provincial ne puisse pas toucher aux questions relatives aux droits ancestraux du fait qu'elles relèvent de la compétence législative fédérale. Il est nécessaire de mettre en parallèle deux dispositions de la Constitution. La première, que l'intimé invoque abondamment, est le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui habilite le Parlement à légiférer concernant « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ». L'autre

otherwise specified, such as official language rights in the *Charter* particular to New Brunswick, every right in the *Constitution Act, 1982* applies to every province as well as to the federal government. Section 35 therefore applies to both provinces and the federal government. It is also established that one part of the Constitution cannot abrogate another: *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609. By virtue of s. 35, then, laws of the province of British Columbia that conflict with protected aboriginal rights do not apply so as to limit those rights, unless the limitation is justifiable according to the test in *Sparrow, supra*. I find it difficult to think that the Province cannot, when administering a provincial regulatory scheme, attempt to respect its constitutional obligation by empowering an administrative tribunal to hear a defence of aboriginal rights.

25 *Sparrow* stands for the proposition that government regulation, including provincial regulation, may, by legislation, infringe an aboriginal right if that infringement is justified. Though this is not the basis of the Commission's jurisdiction, where legislation justifiably infringing rights is possible, surely adjudication by the Commission, which simply takes existing rights into account, must be permissible. This conclusion follows from the distinction between legislation and adjudication and the nature of their impact upon rights.

26 I rely considerably on this distinction. I wish, therefore, to address an argument made by the respondent that, in practical terms in the aboriginal rights context, the two are insufficiently distinguishable.

27 The respondent submits that, in deciding a question arising from a defence of aboriginal right, the Commission will necessarily turn to matters at the core of s. 91(24). In his view, the Commission

est l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À moins qu'il existe une disposition contraire expresse, comme celle que contient la *Charte* relativement au droit à l'usage des langues officielles au Nouveau-Brunswick, tout droit garanti par la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique à chaque province et au gouvernement fédéral. L'article 35 s'applique donc à la fois aux provinces et au gouvernement fédéral. Il est également établi qu'une partie de la Constitution ne saurait pas en abroger une autre : *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609. Par conséquent, en vertu de l'art. 35, les lois de la Colombie-Britannique qui sont incompatibles avec des droits ancestraux protégés ne peuvent pas s'appliquer de manière à limiter ces droits, à moins que cette limitation soit justifiable au regard du critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, précité. J'ai peine à croire qu'en administrant un régime réglementaire qu'elle a elle-même établi, la province ne puisse pas essayer de respecter son obligation constitutionnelle en habilitant un tribunal administratif à entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral.

D'après l'arrêt *Sparrow*, une réglementation gouvernementale, y compris une réglementation provinciale, peut, par voie législative, porter atteinte à un droit ancestral si cette atteinte est justifiée. Quoique ce ne soit pas la raison pour laquelle la commission a compétence, il doit sûrement être acceptable qu'elle exerce une fonction juridictionnelle en tenant simplement compte de droits existants, lorsqu'il est question d'une mesure législative portant une atteinte justifiable. Cette conclusion découle de la distinction entre la fonction législative et la fonction juridictionnelle, et de la nature de leur incidence sur des droits.

J'insiste beaucoup sur cette distinction. Je tiens donc à examiner l'argument avancé par l'intimé selon lequel il n'est pas possible, en pratique, de distinguer suffisamment ces deux fonctions dans le contexte des droits ancestraux.

L'intimé soutient que, pour trancher une question découlant d'un moyen de défense fondé sur un droit ancestral, la commission examinera nécessairement des matières qui sont au cœur du par. 91(24). À son

would determine not only the scope and content of the claimed right, but also perhaps the respondent's relationship to his First Nation, the times at which the claimed right can be practised, and the limits on the right, if any, and how the right can be exercised and by whom. He notes that the Commission might be required to determine whether the aboriginal right at issue had been extinguished. Then he argues that a determination by a provincial decision maker that a right has been extinguished is as much an extinguishment of an aboriginal right as provincial legislation attempting to extinguish that right directly. The respondent's argument, in essence, is that adjudication respecting aboriginal rights is tantamount to legislation respecting them.

I wish to reiterate a point acknowledged by the respondent himself, namely that a province lacks the constitutional capacity to extinguish aboriginal rights and aboriginal title. This is because the clear and plain intent necessary to extinguish an aboriginal right would make a law one in relation to Indians and Indian lands and thus *ultra vires* the province: *Delgamuukw, supra*, at para. 180. I will now explain why, in two important respects, a determination by an administrative tribunal, such as the Commission, is very different from both the extinguishment of a right and legislation in relation to Indians or aboriginal rights.

First, and most important, any adjudicator, whether a judge or a tribunal, does not create, amend or extinguish aboriginal rights. Rather, on the basis of the evidence, a judicial or administrative decision maker may recognize the continued existence of an aboriginal right, including its content and scope, or observe that the right has been properly extinguished by a competent legislative authority. Of course the decision maker may also conclude on the evidence that the aboriginal right simply has not been proven at all.

avis, la commission déterminerait non seulement la portée et le contenu du droit revendiqué, mais peut-être encore le lien entre l'intimé et sa Première nation, le moment où le droit revendiqué peut être exercé et les limites, s'il en est, auquel ce droit est assujéti, ainsi que la façon dont ce droit peut être exercé et qui peut l'exercer. Il souligne que la commission pourrait devoir déterminer s'il y a eu extinction du droit ancestral en cause. Il ajoute que la décision d'une instance décisionnelle provinciale, selon laquelle un droit est éteint, revient à éteindre un droit ancestral autant que le ferait une mesure législative destinée à éteindre ce droit directement. L'intimé soutient essentiellement qu'exercer une fonction juridictionnelle relativement à des droits ancestraux revient à exercer une fonction législative à leur sujet.

Je tiens à réitérer ce que l'intimé lui-même a reconnu, à savoir qu'une province n'a pas le pouvoir constitutionnel d'éteindre les droits ancestraux et le titre aborigène. Il en est ainsi parce que l'intention claire et expresse requise pour éteindre un droit ancestral ferait de la loi en cause une loi relative aux Indiens et aux terres indiennes, qui excéderait donc la compétence de la province : *Delgamuukw*, précité, par. 180. Je vais maintenant expliquer pourquoi la décision d'un tribunal administratif comme la commission est, à deux égards importants, très différente à la fois de l'extinction d'un droit et de l'exercice d'une fonction législative concernant les Indiens et les droits ancestraux.

Premièrement, ce qui est le plus important, toute instance décisionnelle, que ce soit un juge ou un tribunal administratif, ne crée pas, ne modifie pas ou n'éteint pas des droits ancestraux. Au contraire, une instance décisionnelle judiciaire ou administrative peut, compte tenu de la preuve qui lui est soumise, reconnaître l'existence continue d'un droit ancestral, en déterminant notamment le contenu et la portée de ce droit, ou constater que le droit en question a été éteint régulièrement par une autorité législative compétente. Il va sans dire que l'instance décisionnelle peut aussi conclure, à partir de la preuve, que l'existence du droit ancestral en cause n'a absolument pas été établie.

28

29

30

Admittedly, within the administrative state, the line between adjudication and legislation is sometimes blurred. Administrative tribunals that develop and implement policy while adjudicating disputes, such as the Competition Tribunal and a provincial Securities Commission, come to mind. Indeed, this Court's standard of review jurisprudence is sensitive to the deference that may be appropriate where an expert tribunal is simultaneously adjudicating and developing policy, which may sometimes be viewed as a legislative function: *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 28; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 48. There is, however, a crucial distinction between a board that has been empowered by valid legislation to make policy within an area that is *intra vires* the enabling legislator, and a provincial board that is called upon, in executing its mandate, to answer incidentally a legal question relating to the Constitution or to federal law. No one has suggested that the Legislature has the constitutional power to enable a board to determine questions of aboriginal law on the basis of policy considerations favourable to the Province.

31

Second, while both provincially constituted courts and provincially constituted tribunals may consider the Constitution and federal laws, there is nevertheless one important distinction between them that the respondent overlooked. Unlike the judgments of a court, the Commission's decisions do not constitute legally binding precedents, nor will their collective weight over time amount to an authoritative body of common law. They could not be declaratory of the validity of any law. Moreover, as constitutional determinations respecting s. 91(24) or s. 35, the Commission's rulings would be reviewable, on a correctness basis, in a superior court on judicial review: *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322, at para. 40; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at

Certes, dans le domaine administratif, la ligne de démarcation entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative est parfois floue. Pensons aux tribunaux administratifs, tels le Tribunal de la concurrence et les commissions des valeurs mobilières provinciales, qui établissent et mettent en œuvre des politiques au moment de trancher des litiges. En fait, la jurisprudence de notre Cour portant sur la norme de contrôle tient compte de la déférence qui peut s'imposer dans le cas où un tribunal administratif spécialisé exerce simultanément une fonction juridictionnelle et une fonction d'établissement de politiques pouvant parfois être perçue comme une fonction législative : *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 28; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 48. Il faut cependant établir une distinction cruciale entre un organisme administratif habilité par une loi valide à établir des politiques dans un domaine relevant de la compétence du législateur et un organisme administratif provincial appelé, dans l'accomplissement de sa mission, à trancher accessoirement une question de droit constitutionnel ou de droit fédéral. Personne n'a laissé entendre que la Constitution permet à la législature d'habiliter un organisme administratif à trancher des questions de droit autochtone en fonction de considérations de politique favorables à la province.

Deuxièmement, bien que tant les tribunaux administratifs que les cours de justice créés par une province puissent examiner la Constitution et les lois fédérales, il reste que l'intimé a oublié un élément important qui les distingue. Contrairement aux jugements d'une cour de justice, les décisions de la commission ne constituent pas de la jurisprudence, pas plus que leur importance collective contribue avec le temps à en faire un ensemble de règles de common law. Elles ne sauraient constituer une déclaration de validité de quelque règle de droit que ce soit. De plus, en tant que décisions sur des questions de droit constitutionnel relatives au par. 91(24) ou à l'art. 35, les décisions de la commission seraient sujettes au contrôle judiciaire d'une cour supérieure, selon le critère de la décision correcte : *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de*

para. 23; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. To avoid judicial review, the Commission would have to identify, interpret, and apply correctly the relevant constitutional and federal rules and judicial precedents. As a result of the contrast between the general application of a provincial law by a court and the specific, non-binding effect of a board's particular decision, there is a substantial difference.

(6) The Present Role of the Commission and the Core of Indianness

The preceding point brings me to consider the role of the Commission in this case. Recall that the general prohibition against cutting Crown timber appears in s. 96(1) of the Code, and is not attacked in this appeal. The question, then, is not whether that prohibition unjustifiably infringes an aboriginal right. The question is whether provisions that would enable the Commission to hear a defence of aboriginal right are unconstitutional. I have already noted that the determinations of the Commission respecting aboriginal rights would be reviewable on a correctness standard. Provincial officials cannot initiate any inquiry into aboriginal rights before the Commission. Instead, a question of aboriginal law will arise only when a respondent raises an aboriginal right before the Commission in seeking relief from a general prohibition or other regulatory provision in the Code. I do not see how, by raising a defence of aboriginal right, a respondent should be able to alter the primary jurisdiction of the Commission or halt its proceedings. The nature of a particular defence should be seen as secondary to the Commission's primary jurisdiction. A person accused of violating the Code should not be able to oust the Commission's jurisdiction relating to forestry simply by raising a particular defence and thereby highlighting a constitutional dimension of the main issue. In any event, constitutional law doctrines aside, I think it would be most convenient for aboriginal persons to seek the relief afforded by their constitutionally protected rights as early as possible within

l'énergie), [1998] 1 R.C.S. 322, par. 40; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 23; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Pour éviter un contrôle judiciaire, la commission devrait dégager, interpréter et appliquer correctement les règles de droit constitutionnel et de droit fédéral, ainsi que la jurisprudence applicables. Vu le contraste entre l'application générale d'une règle de droit provinciale par une cour de justice et l'effet particulier non contraignant de la décision d'un organisme administratif, il existe une différence marquée.

(6) Le rôle actuel de la commission et l'essentiel de l'indianité

L'observation qui précède m'amène à examiner le rôle de la commission en l'espèce. Rappelons que l'interdiction générale de la coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne est énoncée au par. 96(1) du Code et n'est pas contestée dans le présent pourvoi. La question n'est donc pas de savoir si cette interdiction porte une atteinte injustifiable à un droit ancestral. Il s'agit plutôt de savoir si des dispositions qui habiliteraient la commission à entendre un moyen de défense fondé sur un droit ancestral seraient inconstitutionnelles. J'ai déjà fait observer que les décisions de la commission touchant les droits ancestraux pourraient faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte. Les fonctionnaires provinciaux ne peuvent pas déclencher un examen des droits ancestraux devant la commission. Au contraire, une question de droit autochtone ne se posera que si un intimé revendique un droit ancestral devant la commission afin d'échapper à l'application d'une interdiction générale ou d'une autre disposition réglementaire du Code. Je ne vois pas comment, en invoquant un moyen de défense fondé sur un droit ancestral, un intimé devrait pouvoir modifier la compétence principale de la commission ou interrompre les procédures qui se déroulent devant elle. Il faut considérer que la nature d'un moyen de défense a une importance secondaire comparativement à la compétence fondamentale de la commission. La personne accusée de violation du Code ne doit pas être en mesure d'écarter la compétence de la commission en matière de ressources forestières en invoquant

the mechanisms of the administrative and judicial apparatus.

simplement un moyen de défense particulier et en faisant, de ce fait, ressortir un aspect constitutionnel de la question principale. De toute façon, abstraction faite des principes de droit constitutionnel, je pense que les autochtones auraient tout avantage à invoquer le plus tôt possible, devant les tribunaux administratifs et judiciaires, la protection offerte par les droits que leur garantit la Constitution.

33

The respondent has failed to grasp the distinction between adjudication by a provincially created tribunal, on the one hand, and limits on regulation by a province of a matter under federal competence, on the other. Taking this distinction into account, I cannot see how the ability to hear a defence based on s. 35 would constitute an indirect intrusion on the defining elements of "Indianness". The "core" of Indianness has not been exhaustively defined. It encompasses the whole range of aboriginal rights that are protected by s. 35(1): *Delgamuukw, supra*, at para. 178. For present purposes, it is perhaps more easily defined negatively than positively. The core has been held not to include labour relations (*Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031) and highway traffic regulation on reserves (*R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025). On the evidence adduced in *Kitkatla Band, supra*, at para. 70, the status or capacity of Indians was found not to be impaired by the impugned *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 187. Given that these substantive matters were held not to go to the core of Indianness, I cannot see how the procedural question in this appeal can. The respondent has failed to demonstrate that the procedural right to raise at first instance a defence of aboriginal rights in a superior court, as opposed to before a provincially constituted tribunal, such as the Commission, goes to the core of Indianness.

L'intimé n'a pas compris la distinction entre la décision d'un tribunal administratif provincial, d'une part, et les limites de la réglementation provinciale d'une matière relevant de la compétence fédérale, d'autre part. Compte tenu de cette distinction, je ne vois pas comment le pouvoir d'entendre un moyen de défense fondé sur l'art. 35 constituerait un empiétement indirect sur les éléments qui délimitent l'« indianité ». L'« essentiel » de l'indianité n'a pas été défini de manière exhaustive. Il englobe l'ensemble des droits ancestraux protégés par le par. 35(1) : *Delgamuukw*, précité, par. 178. Pour les besoins de la présente affaire, il peut être plus facile de le définir en précisant ce qu'il n'englobe pas plutôt que ce qu'il englobe. On a statué que l'essentiel ne comprenait ni les relations du travail (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031), ni la réglementation de la circulation à l'intérieur des réserves (*R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025). Dans l'arrêt *Bande Kitkatla*, précité, par. 70, la Cour a jugé que, compte tenu de la preuve déposée, la loi attaquée, à savoir la *Heritage Conservation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 187, ne portait atteinte ni au statut ni aux droits des Indiens. Du fait qu'il a été jugé que ces questions de fond ne touchent pas à l'essentiel de l'indianité, je ne vois pas comment la question procédurale pourrait le faire en l'espèce. L'intimé n'a pas démontré que le droit procédural d'invoquer, en premier ressort, un moyen de défense fondé sur des droits ancestraux devant une cour supérieure, plutôt que devant un tribunal administratif provincial telle la commission, touche à l'essentiel de l'indianité.

34

I conclude, therefore, primarily on the basis that adjudication is distinct from legislation, that the Legislature of British Columbia has the constitutional power to enable the Commission to determine questions relative to aboriginal rights as

En conséquence, compte tenu essentiellement de la distinction qui existe entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, je conclus que la Constitution permet à la législature de la Colombie-Britannique d'habiliter la commission

they arise in the execution of its valid provincial mandate respecting forestry. I turn now to the question of whether the provisions of the Code in force at the time of this appeal's events actually gave such a power to the Commission.

(7) The Disguised Claim of Bias

There was much discussion in the written and oral submissions concerning the unsuitability of any organ created by the Province of British Columbia hearing an argument relating to s. 35 rights. The concern, evidently, is that the significant number of aboriginal land claims in the Province assure that the interests of the Province are adverse to those of aboriginal persons. As I understand it, this argument is not one of constitutional law. It finds no place within the doctrine that has accreted around the division of powers. It strikes me more as an administrative law argument respecting the Commission's impartiality. The constitutional determination made here says nothing either way about the impartiality of the Commission, and does not preclude a fact-specific argument being raised in the future in the context of a particular constituted board and its practice: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, at paras. 44 and 197; *Matsqui, supra*, at pp. 67-72. In short, the potential bias argument is irrelevant to the constitutional division of powers issue.

B. *Statutory Interpretation: Does the Code Empower the Commission to Hear and Decide Section 35 Questions?*

(1) Are Section 35 Questions Distinct From Other Constitutional Matters?

As a preliminary issue, I note that there is no basis for requiring an express empowerment that

à trancher des questions relatives aux droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée en matière de ressources forestières. Je vais maintenant examiner si les dispositions du Code en vigueur au moment où sont survenus les faits à l'origine du présent pourvoi conféraient réellement un tel pouvoir à la commission.

(7) L'argument déguisé de la partialité

Les plaidoiries et les observations écrites traitent abondamment de l'inopportunité qu'un organisme créé par la province de la Colombie-Britannique entende un argument relatif aux droits garantis par l'art. 35. Il est clair que l'on s'inquiète du fait que les nombreuses revendications territoriales des autochtones dans cette province font en sorte que la province et les autochtones ont des intérêts opposés. Si je comprends bien, cet argument n'a pas trait au droit constitutionnel. Il n'a rien à voir avec les théories qui se sont développées au sujet du partage des compétences. Il m'apparaît tenir davantage d'un argument de droit administratif concernant l'impartialité de la commission. La décision constitutionnelle rendue en l'espèce ne précise rien dans un sens ou dans l'autre en ce qui concerne l'impartialité de la commission et elle n'empêche pas qu'un argument fondé sur des faits particuliers soit avancé, à l'avenir, dans le contexte d'un organisme administratif particulier et de sa procédure : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, par. 44 et 197; *Matsqui*, précité, p. 67-72. Bref, l'argument du risque de partialité n'est pas pertinent en ce qui concerne la question du partage des compétences dans la Constitution.

B. *Interprétation de la loi : Le Code habilite-t-il la commission à entendre et à trancher des questions concernant l'art. 35?*

(1) Les questions concernant l'art. 35 différentes des autres questions de droit constitutionnel?

À titre préliminaire, je souligne que rien ne justifie d'exiger une attribution expresse de

an administrative tribunal be able to apply s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. There is no persuasive basis for distinguishing the power to determine s. 35 questions from the power to determine other constitutional questions, such as the division of powers under the *Constitution Act, 1867* or a right under the *Charter*. Section 35 is not, any more than the *Charter*, “some holy grail which only judicial initiatives of the superior courts may touch” (*Cooper, supra*, at para. 70, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting). This Court has rejected the theory that Indian reserves are federal “enclaves” from which provincial laws are excluded: Hogg, *supra*, at p. 27-10, discussing *Francis, supra*; *Four B, supra*. Similarly, aboriginal rights do not constitute an enclave that excludes a provincially created administrative tribunal from ruling, at first instance, on the border between those aboriginal rights and a provincial law of general application. The arguments that s. 35 rights are qualitatively different — that they are more complex, and require greater expertise in relation to the evidence adduced — have little merit. As Moen J. noted in *Ermineskin Cree Nation v. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760, at para. 51, in determining that a Human Rights Tribunal had jurisdiction to consider a s. 35 argument:

[T]here is no principled basis for distinguishing *Charter* questions from s. 35 questions in the context of the Tribunal’s jurisdiction to consider constitutional questions. In either case, the decision-maker is simply applying the tests set out in the case law to determine if the particular right claimed is protected by the *Constitution*. In either case, if the applicant is successful, the result is a declaration of invalidity or a refusal to apply only the particular statute or provision before the decision-maker.

To the extent that aboriginal rights are unwritten, communal or subject to extinguishment, and thus a factual inquiry is required, it is worth noting that administrative tribunals, like courts, have fact-finding functions. Boards are not necessarily in an

compétence pour qu’un tribunal administratif soit capable d’appliquer l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il n’y a aucune raison sérieuse de distinguer le pouvoir de trancher des questions relatives à l’art. 35 de celui de se prononcer sur d’autres questions de droit constitutionnel — comme le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* — ou sur un droit garanti par la *Charte*. L’article 35 n’est pas plus que la *Charte* « un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder » (*Cooper, précité*, par. 70, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente). Notre Cour a rejeté la théorie voulant que les réserves indiennes soient des « enclaves » fédérales où ne s’appliquent pas les lois provinciales : Hogg, *op. cit.*, p. 27-10, analysant les arrêts *Francis* et *Four B*, précités. De même, les droits ancestraux ne constituent pas une enclave où les tribunaux administratifs provinciaux ne peuvent pas se prononcer, en premier ressort, sur la ligne qui sépare ces droits ancestraux d’une loi provinciale d’application générale. Les arguments voulant que les droits garantis par l’art. 35 soient qualitativement différents — qu’ils soient plus complexes et exigent une plus grande expertise relativement à la preuve produite — sont peu fondés. Comme le fait observer le juge Moen dans la décision *Ermineskin Cree Nation c. Canada* (2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760, par. 51, en décidant qu’un tribunal des droits de la personne était compétent pour examiner un argument fondé sur l’art. 35 :

[TRADUCTION] [I]l n’y a aucune raison fondée sur des principes de distinguer les questions relatives à la *Charte* et de celles relatives à l’art. 35, dans le contexte du pouvoir du tribunal d’examiner des questions de droit constitutionnel. Dans les deux cas, l’instance décisionnelle ne fait qu’appliquer les critères énoncés dans la jurisprudence pour déterminer si un droit revendiqué est protégé par la *Constitution*. Dans les deux cas, si le demandeur a gain de cause, il s’ensuit une déclaration d’invalidité ou un refus d’appliquer seulement la loi ou la disposition en cause devant l’instance décisionnelle.

Dans la mesure où les droits ancestraux sont des droits non écrits, collectifs ou susceptibles d’extinction, et où un examen des faits est donc requis, il convient de noter que, à l’instar des cours de justice, les tribunaux administratifs remplissent des

inferior position to undertake such tasks. Indeed, the more relaxed evidentiary rules of administrative tribunals may in fact be more conducive than a superior court to the airing of an aboriginal rights claim.

One difficulty with the argument about complexity is that it is difficult to draw the line between simple questions of aboriginal law, that boards like the Commission should be able to hear, and complex questions. In the hearing, counsel for the appellants was unable to provide a principled and convincing way to distinguish aboriginal law questions simple enough and therefore appropriate for the Commission from those that, in her view, were not. A member of the Court asked counsel for the appellants whether the Commission would be able to determine whether a person charged with an infraction was an Indian for the purposes of applying a superior court's declaration delineating an aboriginal right. Counsel replied that that would simply be a factual determination and well within the Commission's competency. She had no response, however, to the rejoinder that even ostensibly "factual" questions of aboriginal status can routinely engage more complex questions of s. 35 and federal aboriginal rights. The nature of the question (fact, mixed fact and law, or law) assists in determining the standard of review for decisions by administrative tribunals: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748. Such distinctions are not watertight enough, however, to serve as the basis for determining a board's jurisdiction to hear and decide a question. A further unconvincing argument was that aboriginal rights are, today, complicated and in a state of flux, but that in the future, when they have been settled, it may be appropriate for administrative tribunals to consider them. Again, such lines are not easily enough drawn for that to be the judicial test. The Attorney General of British Columbia presented no workable way of taking from administrative tribunals the complicated aboriginal law issues and leaving with them the simpler aboriginal law issues that they could resolve speedily

fonctions de constatation des faits. Les organismes administratifs ne sont pas nécessairement moins bien placés pour accomplir ces tâches. En fait, les règles de preuve plus souples des tribunaux administratifs peuvent se prêter mieux que celles d'une cour supérieure à la revendication de droits ancestraux.

Le problème que pose l'argument relatif à la complexité est qu'il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre les simples questions de droit autochtone que les organismes administratifs, comme la commission, doivent être compétents pour trancher, et les questions complexes. À l'audience, l'avocate des appelants a été incapable d'énoncer une façon convaincante et fondée sur des principes de distinguer les questions de droit autochtone qui sont assez simples pour relever de la commission de celles qui, à son avis, ne le sont pas. Un juge de notre Cour a demandé à l'avocate des appelants si, pour appliquer une déclaration d'une cour supérieure délimitant un droit ancestral, la commission aurait compétence pour déterminer si une personne accusée d'une infraction est un Indien. L'avocate a répondu que ce serait simplement une décision portant sur une question de fait qui relèverait parfaitement de la compétence de la commission. Elle n'a toutefois rien trouvé à répondre à la réplique que, même les questions manifestement « factuelles » touchant le statut d'Indien peuvent couramment faire intervenir des questions plus complexes relatives à l'art. 35 et aux droits ancestraux relevant de la compétence fédérale. La nature de la question (de fait ou de droit, ou encore mixte de fait et de droit) aide à déterminer la norme de contrôle applicable aux décisions des tribunaux administratifs : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. Toutefois, ces distinctions ne sont pas suffisamment étanches pour étayer une décision qu'un organisme administratif a compétence pour entendre et trancher une question. Un autre argument non convaincant était que, de nos jours, les droits ancestraux sont compliqués et en évolution constante, mais qu'à l'avenir, lorsqu'ils auront été délimités, il pourrait convenir que des tribunaux administratifs les examinent. Là encore, il n'est pas suffisamment facile de tracer de telles lignes de démarcation pour

and satisfactorily, in the best interests of all concerned.

38 I conclude, therefore, that there is no principled basis for distinguishing s. 35 rights from other constitutional questions.

(2) The Appropriate Test: the Power to Determine Questions of Law

39 The facts and arguments in this appeal and those in *Martin, supra*, have presented this Court with an opportunity to review its jurisprudence on the power of administrative tribunals to determine questions of constitutional law. As Gonthier J. notes in *Martin*, at para. 34, the principle of constitutional supremacy in s. 52 of the *Constitution Act, 1982* leads to a presumption that all legal decisions will take into account the supreme law of the land. “In other words”, as he writes, “the power to decide a question of law is the power to decide by applying only valid laws” (para. 36). One could modify that statement for the present appeal by saying that the power of an administrative board to apply valid laws is the power to apply valid laws only to those factual situations to which they are constitutionally applicable, or to the extent that they do not run afoul of s. 35 rights. This Court’s decision in *Cooper, supra*, has too easily been taken as suggesting that practical considerations relating to a tribunal may readily overcome this presumption. I am of the view that the approach set out in *Martin*, in the context of determining a tribunal’s power to apply the *Charter*, is also the approach to be taken in determining a tribunal’s power to apply s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The essential question is whether the empowering legislation implicitly or explicitly grants to the tribunal the jurisdiction to interpret or decide any question of law. If it does, the tribunal will be presumed to have the

en faire le critère applicable en justice. Le procureur général de la Colombie-Britannique n’a présenté aucun moyen réaliste de soustraire les questions de droit autochtone compliquées à l’examen des tribunaux administratifs, pour ne leur laisser que les questions de droit autochtone plus simples qu’ils pourraient régler de façon rapide et satisfaisante, dans le meilleur intérêt de toutes les parties intéressées.

Je conclus donc qu’il n’y a aucune raison fondée sur des principes de distinguer les droits visés à l’art. 35 des autres questions de droit constitutionnel.

(2) Le critère applicable : le pouvoir de trancher des questions de droit

Les faits et les arguments du présent pourvoi et ceux de l’arrêt *Martin*, précité, ont permis à notre Cour de revoir sa jurisprudence relative au pouvoir des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel. Comme le fait observer le juge Gonthier dans l’arrêt *Martin*, par. 34, le principe de la suprématie de la Constitution, à l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, amène à présumer que toute décision portant sur une question de droit tient compte de la loi suprême du pays. « En d’autres termes », écrit-il, « le pouvoir de trancher une question de droit s’entend du pouvoir de la trancher en n’appliquant que des règles de droit valides » (par. 36). Pour les besoins du présent pourvoi, on pourrait modifier cet énoncé en disant que le pouvoir d’un organisme administratif d’appliquer des règles de droit valides est le pouvoir d’appliquer ces règles uniquement aux situations de fait auxquelles elles sont constitutionnellement applicables, ou encore dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits garantis par l’art. 35. L’arrêt *Cooper*, précité, de notre Cour a trop aisément été interprété comme indiquant que cette présomption peut facilement être réfutée au moyen de considérations pratiques relatives au tribunal administratif en cause. Je suis d’avis que l’approche adoptée dans l’arrêt *Martin* pour décider si un tribunal administratif peut appliquer la *Charte* est également celle qui doit être adoptée pour décider si un tribunal

concomitant jurisdiction to interpret or decide that question in light of s. 35 or any other relevant constitutional provision. Practical considerations will generally not suffice to rebut the presumption that arises from authority to decide questions of law. This is not to say, however, that practical considerations cannot be taken into consideration in determining what is the most appropriate way of handling a particular dispute where more than one option is available.

The parties spent some time discussing the relationship between a tribunal's remedial powers and its jurisdiction to hear particular categories of legal questions. The appellants referred the Court to *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"), and *R. v. Hynes*, [2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82. In those cases, this Court articulated a functional and structural approach for determining whether an inferior court is a "court of competent jurisdiction" for the purposes of granting a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. It was suggested in the hearing that the test in *Dunedin* gives credit to the view that remedial powers are a central feature to determine jurisdiction, that *Dunedin* and *Hynes* can be read broadly as indicating that there are distinctions between particular subject matters of constitutional law, and that implied jurisdiction to consider general questions of law may include only certain questions concerning the constitutional validity of the tribunal's enabling statute. I cannot accept these points. First, this Court has already recognized that the power to find a statutory provision of no effect, by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, is distinct from the remedial power to invoke s. 24(1) of the *Charter*: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 31. In other words, an inferior court's remedial

administratif peut appliquer l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il s'agit essentiellement de savoir si la loi habilitante accorde implicitement ou expressément au tribunal administratif le pouvoir d'examiner ou de trancher toute question de droit. Dans l'affirmative, ce tribunal est présumé posséder le pouvoir concomitant d'examiner ou de trancher cette question à la lumière de l'art. 35 ou de toute disposition constitutionnelle pertinente. En général, les considérations pratiques ne suffisent pas pour réfuter la présomption découlant du pouvoir de trancher des questions de droit. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il n'est pas possible de tenir compte de considérations pratiques pour déterminer quelle solution convient le mieux pour régler un différend lorsqu'il existe plusieurs possibilités.

Les parties ont consacré un certain temps à l'analyse du lien entre les pouvoirs de réparation d'un tribunal administratif et sa compétence pour entendre des catégories particulières de questions de droit. Les appelants ont mentionné les arrêts *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »), et *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, 2001 CSC 82, où notre Cour a adopté une approche fonctionnelle et structurelle pour décider si une cour d'instance inférieure est un « tribunal compétent » pour accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. On a laissé entendre, à l'audience, que le critère de l'arrêt *Dunedin* étaye le point de vue selon lequel les pouvoirs de réparation revêtent une importance cruciale lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence de compétence, qu'il est possible de donner aux arrêts *Dunedin* et *Hynes* une interprétation large en considérant qu'ils indiquent l'existence de distinctions entre certaines matières relevant du droit constitutionnel et que la compétence implicite pour examiner des questions de droit générales ne peut viser que certaines questions relatives à la constitutionnalité de la loi habilitante du tribunal administratif en cause. Je ne puis souscrire à ces observations. Premièrement, notre Cour a déjà reconnu que le pouvoir de déclarer une disposition législative inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est distinct du pouvoir d'accorder une réparation procédant

powers are not determinative of its jurisdiction to hear and determine constitutional issues. In any case, s. 35 is part of the *Constitution Act, 1982*, but not of the *Charter*. Accordingly, there is no issue whatsoever of remedies under s. 24(1), and the Commission's remedial powers are not before us in the present appeal. Second, this Court's decisions in *Dunedin* and *Hynes* dealt, in two different contexts, with the same question: Was there a "court of competent jurisdiction" for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*? In *Dunedin, supra*, at para. 73, McLachlin C.J. held that, where there is no express legislative intention to grant jurisdiction, jurisdiction may nonetheless be implied from the structure of the tribunal's enabling legislation, the powers conferred on the tribunal, the function it performs, and its overall context. The inquiry in those cases, and prior ones, such as *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, arises from the term "court of competent jurisdiction" in s. 24(1). The test developed for applying that term should not, in my view, be taken as suggesting that, outside that unique context, there will be lines drawn between the kinds of constitutional questions that a tribunal is able to hear.

(3) Application of the Test

(a) *The Statutory Scheme*

In my view, it is clear that the statutory mandate given to the Commission by the Code requires the Commission to determine questions of law. Consider s. 131(8):

131 . . .

(8) A party may

du par. 24(1) de la *Charte* : *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 31. Autrement dit, les pouvoirs de réparation d'une cour d'instance inférieure ne sont pas déterminants en ce qui concerne sa compétence pour entendre et trancher des questions de droit constitutionnel. De toute façon, l'art. 35 fait partie de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non de la *Charte*. En conséquence, il n'est aucunement question des réparations visées au par. 24(1) et, en l'espèce, nous ne sommes pas saisis de la question des pouvoirs de réparation de la commission. Deuxièmement, les arrêts *Dunedin* et *Hynes* de notre Cour portaient, dans deux contextes différents, sur la même question : Était-on en présence d'un « tribunal compétent » pour agir en vertu du par. 24(1) de la *Charte*? Dans l'arrêt *Dunedin*, précité, par. 73, la juge en chef McLachlin a décidé que, lorsqu'elle n'est pas indiquée expressément, l'intention du législateur d'attribuer compétence peut néanmoins être inférée de l'économie de la loi habilitante du tribunal en question, des pouvoirs qui lui sont conférés, de la fonction de ce tribunal et du contexte global dans lequel il exerce ses activités. L'examen effectué dans ces arrêts et d'autres qui les ont précédé, comme *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, résulte de l'expression « tribunal compétent » figurant au par. 24(1). Le critère servant à appliquer cette expression ne doit pas, à mon sens, être interprété comme indiquant que, en dehors de ce contexte exceptionnel, des lignes de démarcation sont tracées entre les types de questions de droit constitutionnel qu'un tribunal administratif est compétent pour entendre.

(3) Application du critère

a) *Le régime établi par la loi*

À mon avis, il est clair que la mission que le Code confie à la commission l'oblige à trancher des questions de droit. Voyons le par. 131(8) :

[TRADUCTION]

131 . . .

(8) Une partie peut

(d) make submissions as to facts, law and jurisdiction.

The provision providing for an appeal is also revealing:

141 (1) The minister or a party to the appeal before the commission may, within 3 weeks after being given the decision of the commission and by application to the Supreme Court, appeal the decision of the commission on a question of law or jurisdiction.

These provisions make it impossible, in my reading of the Code, to sustain the argument that the Commission, an adjudicative body, determines purely factual matters. Moreover, the Commission's past decisions reveal that it has, in the conduct of its mandate, been determining legal questions including, for example, the availability of protections guaranteed by s. 11 of the *Charter*; application of the principle of double jeopardy; availability of the defences of due diligence, estoppel and officially induced error; and application of the principle *de minimis non curat lex*.

I note, in passing, that the *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69, s. 77, introduced amendments providing the Minister the power to require the holder of an agreement to remedy or mitigate "a potential, unjustifiable infringement of an aboriginal right, including aboriginal title". The Minister's order would be appealable to the Commission (ss. 80 and 82). The Commission noted in its factum (at para. 46), "[a]ccordingly, despite the Province's position in this Court that the Commission is incapable of dealing with 'aboriginal rights issues', the Legislative Assembly has seen fit very recently to bring those very same issues before the Commission." Those amendments are not in force. Indeed, on May 29, 2003, the Legislative Assembly gave First Reading to Bill 69, the *Forest and Range Practices Amendment Act, 2003 (Debates of the Legislative Assembly, vol. 16, No. 7, 4th Sess., 37th Parl.,*

d) présenter des observations concernant les faits, le droit et la compétence.

La disposition prévoyant un droit d'appel est également révélatrice :

[TRADUCTION]

141 (1) Le ministre ou une partie à l'appel devant la commission peut, dans les 3 semaines après s'être vu remettre la décision de la commission et en présentant une demande en ce sens à la Cour suprême, appeler de la décision de la commission sur une question de droit ou de compétence.

Selon mon interprétation du Code, ces dispositions font en sorte qu'il est impossible de soutenir que la commission, un organisme juridictionnel, tranche de simples questions de fait. De plus, les décisions antérieures de la commission révèlent qu'elle a, dans l'accomplissement de sa mission, tranché des questions de droit touchant notamment la possibilité d'invoquer les garanties de l'art. 11 de la *Charte*, l'application du principe de la protection contre la double incrimination, la possibilité d'invoquer les moyens de défense fondés sur la diligence raisonnable, la préclusion et l'erreur provoquée par une personne en autorité, ainsi que l'application du principe *de minimis non curat lex*.

Je souligne, en passant, que la *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, ch. 69, art. 77, a introduit des modifications conférant au ministre le pouvoir d'obliger le bénéficiaire d'un accord à réparer ou à limiter [TRADUCTION] « une violation potentielle et injustifiable d'un droit ancestral, y compris du titre aborigène ». L'arrêté ministériel est susceptible d'appel devant la commission (art. 80 et 82). La commission a fait observer, au par. 46 de son mémoire, que [TRADUCTION] « [p]ar conséquent, malgré la position que la province a adoptée devant la présente Cour, à savoir que la commission n'a pas le pouvoir de trancher des "questions de droits ancestraux", l'assemblée législative a jugé bon, tout récemment, de saisir la commission de ces mêmes questions. » Ces modifications ne sont pas en vigueur. En réalité, le 29 mai 2003, l'assemblée législative a procédé à la première lecture du projet de loi 69, intitulé *Forest and Range Practices*

p. 7108), which would amend s. 77 (ss. 36 and 39 of Bill 69). It would be inappropriate to rely on s. 77, and it is unnecessary to do so for my analysis.

(b) *The Nature of an Appeal to the Commission*

43 The respondent Mr. Paul made an argument based on the Commission's role within the forestry administrative scheme. He submitted that the Commission is an appeal board without power to deal with a dispute *de novo*. Therefore, he submits, the Commission's jurisdiction is limited in the same way as that of the District Manager and Administrative Review Panel. These bodies were found, by the chambers judge, to have no jurisdiction to determine whether a s. 35 right could be invoked. It is unnecessary for the purposes of this appeal to pronounce upon the jurisdiction of the District Manager and the Administrative Review Panel. Assuming for argument's sake, however, that Pitfield J. was correct, I reject the respondent's argument that it would necessarily follow that the Commission could not have a broader jurisdiction than the two decision makers below. In support of his position, the respondent referred to two cases, *Dupras v. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266 (C.A.), and *McKenzie v. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53 (C.A.), leave to appeal refused, [1993] 1 S.C.R. vii. Both relate to the right of appeal to the Supreme Court of British Columbia from a decision of the Chief Gold Commissioner under provincial mining legislation. Both involved Rule 49 of the British Columbia *Supreme Court Rules*. The Court of Appeal in both cases held that the right of appeal did not permit a trial *de novo*.

44 I wish in no respect to comment on the validity of those decisions in their proper context or on the interpretation of Rule 49. Those cases, however, dealt with an appeal from an administrative scheme to a superior court. It was on

Amendment Act, 2003 (Debates of the Legislative Assembly, vol. 16, n° 7, 4^e sess., 37^e lég., p. 7108), visant à modifier l'art. 77 (art. 36 et 39 du projet de loi 69). Il ne convient pas d'invoquer l'art. 77 et il n'est pas nécessaire de le faire pour les besoins de mon analyse.

b) *La nature d'un appel devant la commission*

L'intimé, M. Paul, a avancé un argument fondé sur le rôle de la commission dans le régime administratif applicable aux ressources forestières. Il a fait valoir que la commission est une commission d'appel inhabile à entendre un litige *de novo*. En conséquence, prétend-il, la compétence de la commission est limitée de la même manière que celle du chef de district et du comité de révision administrative. Le juge en chambre a conclu que ces organismes n'avaient pas compétence pour décider si un droit visé à l'art. 35 pouvait être revendiqué. Il n'est pas nécessaire, pour les besoins du présent pourvoi, de se prononcer sur la compétence du chef de district et du comité de révision administrative. À supposer, toutefois, pour les fins de la discussion, que le juge Pitfield ait eu raison, je rejette l'argument de l'intimé voulant qu'il s'ensuive nécessairement que la commission ne peut pas avoir une compétence plus large que les deux instances décisionnelles inférieures. L'intimé cite deux décisions à l'appui de son point de vue, à savoir *Dupras c. Mason* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266 (C.A.), et *McKenzie c. Mason* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1993] 1 R.C.S. vii. Ces deux affaires concernent le droit d'interjeter appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique contre une décision du commissaire en chef de l'or fondée sur la loi provinciale relative aux mines. Dans les deux cas, il était question de l'art. 49 des *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique. Dans les deux cas également, la Cour d'appel a décidé que le droit d'appel n'autorisait pas la tenue d'un procès *de novo*.

Je ne tiens absolument pas à commenter la validité de ces arrêts dans le contexte qui leur est propre, ni en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 49. Il y était toutefois question d'un appel interjeté devant une cour supérieure, dans le cadre

precisely that basis that the Court of Appeal in *British Columbia Chicken Marketing Board v. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473, recently distinguished *Dupras*. The issue there was a statutory appeal from the Chicken Marketing Board to the Marketing Board. The former was not an adjudicative body. In contrast, the Marketing Board almost always conducted hearings with witnesses, sworn testimony and oral submissions; provided the opportunity for parties to be represented by counsel; and gave reasons for its decisions. The Court of Appeal held that the statutory appeal to the Marketing Board was a full hearing on the merits, there being no suggestion that significant deference was owed to the lower board. The chambers judge had erred in applying *Dupras*, an appeal from a specialized statutory office to a superior court, not an appeal within an administrative scheme to a specialized appeal board. The Marketing Board was not a generalist court, but a specialized tribunal expected to use its expertise. That expertise would be squandered if the Marketing Board were bound to defer to the lower board and restrict its inquiry to the grounds before the lower board (paras. 11-14). I note that in the case of an appeal from a tribunal to a superior court, as opposed to an appeal within an administrative scheme, the reviewing judge will follow the pragmatic and functional approach to determine the appropriate standard of review: *Dr. Q, supra*, at para. 25. This Court's decision in *Tétreault-Gadoury, supra*, is another relevant example. In that case, again within an administrative scheme, only the umpire was expressly given powers to determine questions of law. This Court held that it was the umpire, who sat on appeal from the Board of Referees, who had the power to consider constitutional questions. La Forest J. noted that where the litigant has the possibility of an administrative appeal before a body with the power to consider constitutional arguments, the need for determination of the constitutional issue by the tribunal of original jurisdiction is clearly less (p. 36). That conclusion would have been impossible if, as a general proposition, an appeals tribunal could not consider issues not raised below. I see no basis

d'un régime administratif. C'est exactement pour ce motif que, dans l'arrêt *British Columbia Chicken Marketing Board c. British Columbia Marketing Board* (2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473, la Cour d'appel a récemment établi une distinction d'avec l'arrêt *Dupras*. Il y était question d'un appel, prévu par la loi, que l'office de commercialisation du poulet avait interjeté devant l'office de commercialisation. L'office de commercialisation de poulet n'était pas un organisme juridictionnel. Par contre, l'office de commercialisation tient presque toujours une audience avec des témoins à qui il fait prêter serment et il entend des plaidoiries, permet aux parties de se faire représenter par un avocat et motive ses décisions. La Cour d'appel a décidé que l'appel prévu par la loi devant l'office de commercialisation constituait une audience complète au fond, alors que rien n'indiquait qu'il y avait lieu de faire montre de beaucoup de déférence à l'égard de l'office inférieur. Le juge en chambre avait commis une erreur en appliquant l'arrêt *Dupras*, qui concernait un appel qu'un office spécialisé créé par la loi avait interjeté devant une cour supérieure, et non pas un appel interjeté devant une commission d'appel spécialisée, dans le cadre d'un régime administratif. L'office de commercialisation était non pas une cour généraliste, mais un tribunal spécialisé censé mettre à profit son expertise. Il gaspillerait cette expertise s'il était tenu de s'en remettre à l'organisme administratif inférieur et de limiter son enquête aux moyens dont celui-ci était saisi (par. 11-14). Je constate que, dans le cas d'un appel d'un tribunal administratif à une cour supérieure, par opposition à un appel interjeté dans le cadre d'un régime administratif, le juge qui effectue le contrôle judiciaire détermine la norme de contrôle applicable au moyen de la méthode pragmatique et fonctionnelle : *Dr Q*, précité, par. 25. L'arrêt *Tétreault-Gadoury*, précité, de notre Cour est un autre exemple pertinent. Dans cette affaire, là encore dans le cadre d'un régime administratif, seul le juge-arbitre était expressément habilité à trancher des questions de droit. Notre Cour a décidé que c'était le juge-arbitre, qui siégeait en appel d'une décision du conseil arbitral, qui avait le pouvoir d'examiner des questions de droit constitutionnel. Le juge La Forest a souligné que, lorsque le justiciable a la possibilité

for prohibiting the Commission from hearing a s. 35 argument on the basis of the nature of the appeal.

45 I conclude, therefore, that the Commission has the power to decide questions relating to aboriginal rights arising incidentally to forestry matters. No argument was made that the Legislature has expressly or by clear implication arising from the statutory scheme withdrawn from the Commission the power to determine related questions under s. 35 that will presumptively attend the power to determine questions of law. The Commission therefore has the power to hear and decide the incidental issues relating to Mr. Paul's defence of aboriginal rights.

III. Conclusion

46 For the reasons given above, I would allow the appeal. The province of British Columbia has legislative competence to endow an administrative tribunal with the capacity to consider a question of aboriginal rights in the course of carrying out its valid provincial mandate. More specifically, the Commission, by virtue of its power to determine legal questions, is competent to hear Mr. Paul's defence of his aboriginal right to harvest logs for renovation of his home.

47 My conclusions mean that the Commission has jurisdiction to continue hearing all aspects of the matter of Mr. Paul's four seized logs. Unless he moves in the Supreme Court of British Columbia for a declaration respecting his aboriginal rights, Mr. Paul must present the evidence of his ancestral right to the Commission. As yet he has merely asserted his defence. If he is unsatisfied with the Commission's

d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question de droit constitutionnel par le tribunal de premier ressort est manifestement moins grand (p. 36). Il aurait été impossible de tirer cette conclusion si, en règle générale, un tribunal d'appel ne pouvait pas examiner des questions non soulevées devant l'instance inférieure. Je ne vois aucune raison d'interdire à la commission d'entendre un argument fondé sur l'art. 35 en raison de la nature de l'appel interjeté.

Je conclus donc que la commission a le pouvoir de trancher des questions relatives aux droits ancestraux qui sont accessoires à celles qui se posent en matière de ressources forestières. Aucun argument n'a été avancé selon lequel la législature aurait, expressément ou selon ce qui ressort clairement du régime établi par la loi, retiré à la commission le pouvoir de trancher des questions connexes fondées sur l'art. 35, qui, présume-t-on, se rattache au pouvoir de trancher des questions de droit. La commission a donc le pouvoir d'entendre et de trancher les questions accessoires relatives au moyen de défense fondé sur des droits ancestraux, qu'invoque M. Paul.

III. Conclusion

Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. La province de la Colombie-Britannique a compétence législative pour habiliter un tribunal administratif à examiner une question de droits ancestraux dans l'accomplissement de la mission valide qu'elle lui a confiée. Plus précisément, en raison de son pouvoir de trancher des questions de droit, la commission est compétente pour entendre le moyen de défense de M. Paul voulant qu'il possède un droit ancestral de récolter des arbres pour rénover sa maison.

Mes conclusions signifient que la commission est compétente pour poursuivre l'instruction de tous les aspects de l'affaire concernant la saisie des quatre troncs d'arbre que M. Paul avait en sa possession. À moins de demander à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre un jugement déclaratoire relativement à ses droits ancestraux, M. Paul doit faire la preuve de son droit ancestral devant la

determination of the relationship between his s. 35 rights and the prohibition against cutting trees in s. 96 of the Code, he can move for judicial review in the Supreme Court of British Columbia. The standard of review for the Commission's determinations concerning aboriginal law will be correctness.

The Attorney General of British Columbia and the Ministry of Forests, who are successful respecting the Province's legislative capacity but unsuccessful respecting the scope of the Commission's actual power, did not seek costs. The respondent, Mr. Paul, sought costs, but has been unsuccessful. Only the Commission, a party intervener, succeeded fully in this appeal. The Commission did not seek costs in this Court, but did request an order setting aside the costs award against it in the court below. In my view, this request should be granted, and accordingly the costs award in the Court of Appeal is set aside.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Can ss. 130 to 141 of the *Forest Practices Code of British Columbia*, S.B.C. 1994, c. 41, constitutionally apply *ex proprio vigore* to confer upon the Forest Appeals Commission jurisdiction to decide questions of law in respect of aboriginal rights or aboriginal title?

Answer: Yes. As a law of general application, the *Forest Practices Code of British Columbia* applies *ex proprio vigore* to Indians, to the extent that it does not touch on the "core of Indianness" and is not unjustifiably inconsistent with s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

2. If the answer is "no", do the impugned provisions nonetheless apply to confer this jurisdiction by virtue of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5?

Answer: It is not necessary to answer this question.

commission. Jusqu'à maintenant, il s'est contenté d'invoquer son moyen de défense. S'il est insatisfait de la décision de la commission sur le lien entre ses droits garantis par l'art. 35 et l'interdiction de la coupe d'arbres énoncée à l'art. 96 du Code, il pourra demander un contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La norme de contrôle applicable aux décisions de la commission relatives au droit autochtone est celle de la décision correcte.

Le procureur général de la Colombie-Britannique et le ministère des Forêts, qui obtiennent gain de cause relativement à la compétence législative de la province, mais non quant à l'étendue du pouvoir réel de la commission, n'ont pas sollicité de dépens. L'intimé, M. Paul, a sollicité des dépens, mais n'a pas eu gain de cause. Seule la commission, intervenante, a eu entièrement gain de cause dans le présent pourvoi. La commission n'a pas sollicité de dépens devant notre Cour, mais elle a demandé une ordonnance annulant les dépens que la Cour d'appel lui a ordonné de verser. À mon avis, il y a lieu de faire droit à cette demande et d'annuler les dépens accordés par la Cour d'appel.

Je suis d'avis de donner les réponses suivantes aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 130 à 141 du *Forest Practices Code of British Columbia*, S.B.C. 1994, ch. 41, s'appliquent-ils *ex proprio vigore*, d'une manière conforme à la Constitution, pour attribuer à la Forest Appeals Commission compétence pour trancher des questions de droit relatives aux droits ancestraux ou au titre aborigène?

Réponse : Oui. En tant que loi d'application générale, le Code s'applique *ex proprio vigore* aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas à « l'essentiel de l'indianité » et n'est pas incompatible de manière injustifiable avec l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2. Dans la négative, les dispositions contestées s'appliquent-elles néanmoins pour attribuer cette compétence en raison de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

48

49

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Braker & Company, Port Alberni, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Forest Appeals Commission: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Pape & Salter, Vancouver.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé : Braker & Company, Port Alberni, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante Forest Appeals Commission : Arvay Finlay, Victoria.

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

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureurs de l'intervenant First Nations Summit : Pape & Salter, Vancouver.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9

Available from:
Canadian Government Publishing
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente auprès de :
Les Éditions du gouvernement du Canada
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2003 Vol. 2

and Tables

Cited as [2003] 2 S.C.R. { i-xxxviii
621-743

4^e cahier, 2003 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2003] 2 R.C.S. { i-xxxviii
621-743

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

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

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOÉL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited	xxxi
Authors Cited	xxxv
Index	733

Deloitte & Touche LLP v. Ontario (Securities Commission)713

Securities — Ontario Securities Commission — Investigations and examinations — Power to compel testimony and production of documents — Disclosure by Commission — Securities legislation authorizing Commission to order disclosure of compelled material if Commission concludes that disclosure is “in the public interest” — Commission ordering auditors to disclose compelled material to corporation being investigated by Commission — Whether Commission properly ordered disclosure of compelled information — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 11, 13, 16(1), 17(1).

Gurniak v. Nordquist652

Insurance — Automobile insurance — No-fault insurance scheme — Spousal death benefits and dependants' benefits — Quebec insured killed in motor vehicle accident in British Columbia — Spouse and children collecting statutory benefits in respect of accident under Quebec no-fault insurance scheme — Whether benefits paid in Quebec should be deducted from damages awarded in British Columbia in tort action — Whether benefits similar in kind to benefits under Part 6 of British Columbia Insurance Act — Whether there must be a “match” between specific heads of damage in tort award and specific heads of damage under statutory accident scheme — Meaning of word “similar” in s. 25(1) of Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, c. 231.

Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)624

Administrative law — Discretion — Procedural fairness — Duty of impartiality — Conflict of interest — Minister of the Environment issuing characterization order against former owner of land polluted by hydrocarbons when he was himself sued for damages by present owners of land —

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xv
Table de la jurisprudence	xvii
Lois et règlements cités	xxxiii
Doctrine citée	xxxv
Index	739

Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)624

Droit administratif — Pouvoir discrétionnaire — Équité procédurale — Obligation d'impartialité — Conflit d'intérêts — Ministre de l'Environnement rendant une ordonnance de caractérisation contre l'ancien propriétaire de terrains pollués par des hydrocarbures alors qu'il est lui-même poursuivi en dommages-intérêts par les propriétaires actuels des terrains — Le ministre a-t-il respecté son obligation d'impartialité en rendant l'ordonnance de caractérisation? — Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., ch. Q-2, art. 31.42.

Droit de l'environnement — Décontamination et restauration — Caractérisation des terrains — Ordonnance du ministre — Nature des fonctions et des pouvoirs confiés au ministre dans l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement — Contenu des normes d'équité procédurale pertinentes à l'exécution des fonctions du ministre — Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., ch. Q-2, art. 31.42.

Deloitte & Touche LLP c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)713

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières de l'Ontario — Enquêtes et interrogatoires — Pouvoir de contraindre des gens à témoigner et à produire des documents — Divulgence de renseignements par la Commission — Disposition de la Loi sur les valeurs mobilières autorisant la Commission à ordonner la divulgation de renseignements obtenus par la contrainte si elle estime qu'il serait « dans l'intérêt public » de le faire — Ordonnance de la Commission intimant aux vérificateurs de divulguer les renseignements obtenus par la contrainte à la société visée par l'enquête de la Commission — La Commission a-t-elle ordonné à bon droit la divulgation des renseignements obtenus par la contrainte? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 11, 13, 16(1), 17(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Whether Minister fulfilled his duty of impartiality in issuing characterization order — Environment Quality Act, R.S.Q., c. Q-2, s. 31.42.

Environmental law — Decontamination and restoration — Characterization of land — Order of Minister — Nature of functions and powers assigned to Minister in connection with administration of Environment Quality Act — Content of rules of procedural fairness relevant to performance of Minister's functions — Environment Quality Act, R.S.Q., c. Q-2, s. 31.42.

R. v. Bédard621

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Change in child's behaviour — Whether evidence of change in child's behaviour should be corroborated by expert evidence.

R. v. Phillips623

Criminal law — Trial — Fair trial — Unrepresented accused.

R. v. S.A.B.678

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be secure against unreasonable search or seizure — Principle against self-incrimination — DNA warrants — Whether seizure of blood sample to conduct forensic DNA analysis infringed accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.04 to 487.09.

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Blood sample taken from accused to conduct DNA forensic analysis — DNA expert's opinion on non-matching DNA sample based on international guidelines — No information in record about reliability of international guidelines referred to by expert — Weight to be given to DNA expert's evidence — Whether appellate court should interfere with trial judge's assessment of expert evidence.

SOMMAIRE (Fin)

Gurniak c. Nordquist.....652

Assurance — Assurance automobile — Régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité — Indemnités de décès au conjoint et aux personnes à charge — Décès d'un assuré québécois dans un accident d'automobile en Colombie-Britannique — Indemnités prévues par la loi versées à la conjointe et aux enfants à l'égard de l'accident en vertu du régime québécois d'assurance automobile sans égard à la responsabilité — Les indemnités versées au Québec doivent-elles être déduites des dommages-intérêts accordés en Colombie-Britannique dans l'action en responsabilité délictuelle? — Ces indemnités sont-elles de nature similaire aux prestations prévues à la partie 6 de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique? — Doit-il y avoir « correspondance » entre les divers chefs de dommages-intérêts délictuels et les divers chefs de dommage prévus par le régime d'assurance accident établi par la loi? — Sens du mot « similar » à l'art. 25(1) de l'Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 231.

R. c. Bédard621

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Changement du comportement de l'enfant — La preuve du changement du comportement de l'enfant doit-elle être appuyée d'une preuve d'expert?

R. c. Phillips623

Droit criminel — Procès — Procès équitable — Accusé non représenté.

R. c. S.A.B.678

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — Principe interdisant l'auto-incrimination — Mandats ADN — La saisie d'un échantillon de sang pour une analyse génétique porte-t-elle atteinte au droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles ou saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.04 à 487.09.

Droit criminel — Preuve — Témoignage d'expert — Prélèvement de sang de l'accusé pour une analyse génétique — Témoignage de l'experte en ADN concernant l'empreinte génétique différente fondé sur des lignes directrices internationales — Le dossier ne renferme aucun renseignement sur la fiabilité des lignes directrices internationales citées par l'experte — Poids à donner au témoignage de l'experte en ADN — Un tribunal d'appel doit-il intervenir dans l'appréciation du témoignage d'expert par le juge du procès?



2003 Volume 2

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
ANDRES GARIN
LEE ANN GORMAN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
NICOLA SUTTON
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

RICHARD BERBERI

Jurilinguists / Jurilinguistes
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

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

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH

Technical Revisors / Réviseurs techniques
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL

PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
CHANTAL CORBEIL

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

On the 1st day of August 2003, the Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, upon attaining the age of seventy-five years, retired from the Bench, pursuant to s. 9(2) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

On the 5th day of August 2003, the Honourable MORRIS FISH, a Judge of the Court of Appeal of Quebec, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

Le 1^{er} août 2003, l'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER, juge puîné à la Cour suprême du Canada, ayant atteint l'âge de soixante-quinze ans, a pris sa retraite, conformément au par. 9(2) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26.

Le 5 août 2003, l'honorable MORRIS FISH, juge de la Cour d'appel du Québec, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[1991] 2 S.C.R., p. 33, line *g*-3 of the French version.
Read “ceux que le législateur a conférés” instead of
“ceux que le législateur a conféré”.

[1991] 2 R.C.S., p. 33, ligne *g*-3 de la version française.
Lire « ceux que le législateur a conférés » au lieu de
« ceux que le législateur a conféré ».

MOTIONS — REQUÊTES

(July 11 to October 31, 2003 - 11 juillet au 31 octobre 2003)

121571 Canada Inc. v. Attorney General of Canada (Ont.), 29639, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

535534 British Columbia Ltd. v. Corporation of the City of White Rock (B.C.), 29681, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Alde c. Fiset (Qué.), 29860, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Al-Mhamad v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (F.C.), 29699, leave to appeal refused, 7.8.03, autorisation d'appel refusée.

Anderson v. Amoco Canada Oil and Gas (Alta.), 29370, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 4.9.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

Antonius v. The Queen (B.C.) (Crim.), 29760, leave to appeal refused, 18.9.03, autorisation d'appel refusée.

Apotex Inc. v. Astrazeneca Canada Inc. (F.C.), 29906, leave to appeal refused with costs, 17.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Astrazeneca AB v. Novopharm Ltd. (F.C.), 29691, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Atouani c. La Reine (Qué.) (Crim.), 29743, leave to appeal refused, 7.8.03, autorisation d'appel refusée.

Attorney General of Canada v. Harper (Alta.), 29618, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 4.9.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Ayangma v. La Reine (F.C.), 29697, leave to appeal refused with costs, 16.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Banque de Montréal c. Legault (Qué.), 29779, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Banque Laurentienne du Canada c. Lussier (Qué.), 29788, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Banque Nationale du Canada c. Samson Bélair Deloitte & Touche Inc. (Qué.), 29864, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 30.10.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Bear v. The Queen (F.C.), 29666, leave to appeal refused with costs, 18.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bitton c. Chalets Chanteclair Inc. (Qué.), 29852, leave to appeal refused, 9.10.03, autorisation d'appel refusée.

Blair v. La Reine (B.C.) (Crim.), 29245, leave to appeal refused, 30.10.03, autorisation d'appel refusée.

Boucher c. La Reine (Qué.) (Crim.), 29801, leave to appeal refused, 9.10.03, autorisation d'appel refusée.

Boucher c. Tribunal administratif du Québec (Qué.), 29853, leave to appeal refused, 16.10.03, autorisation d'appel refusée.

- Bourgeois c. Ville de Saint-Jérôme* (Qué.), 29744, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Brazeau c. Procureur général du Canada* (C.F.), 29806, leave to appeal refused, 2.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Brown v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29762, leave to appeal refused, 25.9.03, autorisation d'appel refusée.
- C.U. v. McGonigle* (Alta.), 29432, leave to appeal refused, 18.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada* (B.C.), 29427, notice of discontinuance filed, 25.7.03, avis de désistement produit.
- Caron Bélanger Ernst & Young Inc. v. Wise* (Que.), 29682, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 28.8.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Chadha v. Bayer Inc.* (Ont.), 29651, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chalifoux v. Driftpile First Nation* (F.C.), 29627, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cheddesingh v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29662, leave to appeal granted, 4.9.03, autorisation d'appel accordée.
- Chippewas of Nawash First Nation v. The Queen* (F.C.), 29568, leave to appeal refused, 18.9.03, autorisation d'appel refusée.
- City of Calgary v. AT&T Canada Corp.* (F.C.), 29635, leave to appeal refused, 4.9.03, autorisation d'appel refusée.
- City of Vancouver v. Ribeiro* (B.C.), 29622, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conde v. Abrams Towing Services Ltd.* (Ont.), 29707, leave to appeal refused, 2.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Condo v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29723, leave to appeal refused with costs, 18.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conohan v. The Cooperators* (F.C.), 29154, notice of discontinuance filed, 18.9.03, avis de désistement produit.
- Constant v. Attorney General of Quebec* (Que.), 29655, leave to appeal refused, 28.8.03, autorisation d'appel refusée.
- Cooper v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29661, leave to appeal refused, 14.8.03, autorisation d'appel refusée.
- Cormier v. Minister of Human Resources Development Canada* (F.C.), 29623, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Credifinance Securities Ltd. v. Cable Satisfaction International Inc.* (Que.), 29838, leave to appeal refused with costs, 16.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cross c. Madore* (Qué.), 29891, leave to appeal refused, 23.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Cyr c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29747, leave to appeal refused, 11.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Daigneault c. Pigeon* (Qué.), 29829, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Daniel W. Automatique Ltée c. Ville de Montréal* (Qué.), 29854, leave to appeal refused with costs, 23.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Demers v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29632, leave to appeal refused, 25.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Ebke v. Federal Republic of Germany* (N.W.T.) (Crim.), 29610, leave to appeal refused, 11.9.03, autorisation d'appel refusée.

- Elbanna Sales Inc. v. Rogers Cantel Inc.* (Que.), 29772, leave to appeal refused with costs, 14.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Exarhos v. Miller* (Que.), 29675, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fertal v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29653, leave to appeal refused, 11.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Foreman v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29741, leave to appeal refused, 18.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Forget v. Law Society of Upper Canada* (Ont.), 29676, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Galipeau c. La Reine* (C.F.), 29877, leave to appeal refused with costs, 16.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Galipeau c. Procureur général du Canada* (C.F.), 29839, leave to appeal refused with costs, 16.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gladstone c. Dankoff* (Qué.), 29888, leave to appeal refused with costs, 23.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- GMAC Location Ltée. c. Raymond Chabot Inc.* (Qué.), 29780, leave to appeal granted, 28.8.03, autorisation d'appel accordée.
- Gramaglia v. Alberta Family and Social Services* (Alta.), 29700, leave to appeal refused, 17.7.03, autorisation d'appel refusée.
- Guimond c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29858, leave to appeal refused, 23.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Henry v. Vancouver City Police* (B.C.) (Crim.), 29689, leave to appeal refused, 18.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Héroux c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29800, leave to appeal refused, 9.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Hickey v. Correctional Services Canada - Rockwood Institution* (Man.), 29773, leave to appeal refused, 2.10.03, autorisation d'appel refusée.
- House of Commons v. Vaid* (F.C.), 29564, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 14.8.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Howie v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29698, leave to appeal refused, 18.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Hydra-Dyne Industrial Cleaning Services Ltd. v. KPMG Inc.* (Ont.), 29673, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hydro-Québec c. Glykis* (Qué.), 29588, leave to appeal granted with costs, 14.8.03, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- J.J. v. Nova Scotia (Minister of Health)* (N.S.), 29717, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 30.10.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Jacques v. The Queen* (F.C.), 29783, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jean c. Ville de Val-Bélair* (Qué.), 29582, leave to appeal refused with costs, 7.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jordan v. de Leon* (Sask.), 27404, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kerr v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29714, leave to appeal refused, 25.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Koska v. Alberta Treasury Branches* (Alta.), 29674, leave to appeal refused with costs, 18.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Krela c. Sulzer Medica AG* (Qué.), 29567, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kyling c. Poulin* (Qué.), 29590, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Labranche c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29751, leave to appeal refused, 16.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Laganière c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29802, leave to appeal refused, 9.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Lalumière c. Desormiers* (Qué.), 29791, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Langevin c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 29792, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lapierre c. Tribunal du travail* (Qué.), 29645, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laurendeau c. Université Laval* (Qué.), 29713, leave to appeal refused, 2.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Legault c. Larivée* (Qué.), 29719, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lehoux c. Commission de la santé et de la sécurité du travail* (Qué.), 29668, leave to appeal refused, 11.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Les Entreprises Sibeca Inc. c. Municipalité de Frelighsburg* (Qué.), 29600, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 28.8.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Les Immeubles Henry Ho c. Benakezouh* (Qué.), 29726, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lesiuk v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29642, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L'Industrielle-Alliance, Compagnie d'assurance sur la vie c. Cabiakman* (Qué.), 29584, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 28.8.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Lipczynska-Kochany v. University of Waterloo* (Ont.), 29718, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lo Faso v. Minden Gross Grafstein & Greenstein* (Ont.), 29657, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Macatula v. Tessier* (Man.), 29757, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacKay v. Ministry of Social Development and Economic Security* (B.C.), 29765, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mapara v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29750, leave to appeal refused, 2.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Martineau c. Ministre du Revenu national* (C.F.), 29794, leave to appeal granted, 30.10.03, autorisation d'appel accordée.
- McDonald v. Korean Air* (Ont.), 29708, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McGrath v. The Royal Newfoundland Constabulary Public Complaints Commission* (N.L.), 29628, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Menegon v. Salomon Brothers Canada Inc.* (Ont.), 29644, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mennes v. McClung* (F.C.), 29669, leave to appeal refused with costs, 18.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mensah v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29746, leave to appeal refused, 25.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Méthot c. Régie de l'assurance maladie du Québec* (Qué.), 29808, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Millette c. Comité de révision des plaintes du Barreau du Québec* (Qué.), 29830, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Millette c. Stéphane Lachance et Associés Inc.* (Qué.), 29859, leave to appeal refused, 25.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Millette c. Ville de Montréal* (Qué.), 29716, leave to appeal refused, 25.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Mohammed v. Municipality of Dysart* (Ont.), 29789, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- National Union Fire Insurance Company of Pittsburg, PA. v. Lafarge Canada Ltd.* (Ont.), 29594, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nelson v. The Queen* (F.C.), 29690, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- New Brunswick Government Economic Development Fund II Inc. v. ADI International Inc.* (N.B.), 29720, notice of discontinuance filed, 29.8.03, avis de désistement produit.
- Nguyen v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29659, leave to appeal refused, 9.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Novopharm Ltd. v. The Queen* (F.C.), 29745, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nowack v. Research Capital Corp.* (Ont.), 29604, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ontario Minister of Health and Long Term Care v. Corporation of the City of Scarborough* (Ont.), 29444, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pangowish v. The Queen* (B.C.) (Crim.), 29672, leave to appeal refused, 11.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Pearson v. Boliden Ltd.* (B.C.), 29578, leave to appeal refused with costs, 18.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pelland c. Fédération des producteurs de volailles du Québec* (Qué.), 29805, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 30.10.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Placements André Turgeon Inc. c. Ville de Longueuil* (Qué.), 29715, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pomerleau c. La Reine* (Qué.), 29520, this case is remanded to the Quebec Court of Appeal in light of this Court's decision in *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35, 14.8.03, la présente affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour réexamen en fonction de l'arrêt de notre Cour *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35.
- Poursadeghi c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 27329, leave to appeal refused, 28.8.03, autorisation d'appel refusée.
- Priselkov c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29775, leave to appeal refused, 7.8.03, autorisation d'appel refusée.

- Pritchard v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 29677, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 28.8.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Procureur général du Canada c. Air Canada* (Qué.), 29660, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 14.8.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.
- Procureur général du Québec c. Brisebois* (Qué.) (Crim.), 29180, notice of discontinuance filed, 8.10.03, avis de désistement produit.
- R. v. Deschamplain* (Ont.) (Crim.), 29722, leave to appeal granted, 30.10.03, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Ilina* (Man.) (Crim.), 29608, leave to appeal refused, 17.7.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Lanthier* (Que.) (Crim.), 29671, notice of discontinuance filed, 8.10.03, avis de désistement produit.
- R. v. Lortie* (Qué.) (Crim.), 29530, leave to appeal refused, 14.8.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Rindero* (B.C.) (Crim.), 29537, leave to appeal refused, 30.10.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Ryan* (N.S.) (Crim.), 29596, leave to appeal refused, 17.7.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Shuparski* (Sask.) (Crim.), 29704, leave to appeal refused, 18.9.03, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Tessling* (Ont.) (Crim.), 29670, leave to appeal granted, 28.8.03, autorisation d'appel accordée.
- Raponi v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29769, leave to appeal granted, 30.10.03, autorisation d'appel accordée.
- Régie intermunicipale de gestion des déchets de la Mauricie c. Service spécial de vidanges Inc.* (Qué.), 29571, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Riendeau c. Ville de Québec* (Qué.), 29862, leave to appeal refused, 2.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Roan v. Smallboy* (Alta.), 29450, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Rossi c. Camirand* (Qué.), 29810, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Schellak v. Barr* (B.C.), 29638, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Services DaimlerChrysler Canada Inc. c. Lebel* (Qué.), 29770, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 28.8.03, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.
- Services Financiers FBN Inc. c. Chaumont* (Qué.), 29683, leave to appeal refused, 11.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Shaw Communications Inc. v. Minister of National Revenue* (F.C.), 29795, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société canadienne des postes c. Lapierre* (Qué.), 29692, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Société Radio-Canada c. Association des réalisateurs* (C.F.), 29736, leave to appeal refused with costs, 14.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ste-Marie c. Club nautique de L'Anse St-Jean Inc.* (Qué.), 29844, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des employés de la Commission scolaire du fleuve et des lacs c. Gagnon* (Qué.), 29785, leave to appeal refused with costs, 28.8.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Syndicat des professionnelles et professionnels du réseau de la santé et des services sociaux de l'Outaouais c. Corbeil* (Qué.), 29846, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des travailleurs et des travailleuses des Épiciers Métro-Richelieu (CSN) c. Épiciers unis Métro-Richelieu Inc.* (Qué.), 29869, leave to appeal refused with costs, 16.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat des travailleurs et des travailleuses des Épiciers Métro-Richelieu c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501* (Qué.), 29870, leave to appeal refused with costs, 16.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.A. v. E.A.* (Ont.) (Crim.), 29711, leave to appeal refused, 4.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Taylor v. Attorney General of Canada* (F.C.), 29678, leave to appeal refused with costs, 25.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Queen in Right of Newfoundland and Labrador v. Cole* (N.L.), 29640, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Queen in Right of Ontario v. Folland* (Ont.), 29787, leave to appeal refused with costs, 2.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Queen in Right of the Province of Alberta v. Nilsson* (Alta.), 29580, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- The Vancouver Sun v. Attorney General of British Columbia* (B.C.) (Crim.), 29878, leave to appeal granted, 6.10.03, autorisation d'appel accordée.
- Thompson v. The Queen* (Ont.) (Crim.), 29803, leave to appeal refused, 2.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Tremblay c. La Reine* (Qué.) (Crim.), 29771, leave to appeal refused, 28.8.03, autorisation d'appel refusée.
- Vaillancourt v. Molnar* (B.C.), 29619, leave to appeal refused with costs, 18.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vaughan v. The Queen* (F.C.), 29712, leave to appeal granted, 30.10.03, autorisation d'appel accordée.
- Vidéotron Ltée v. Bell ExpressVu Limited Partnership* (F.C.), 29709, leave to appeal refused with costs, 11.9.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Weabury v. The Queen* (N.B.) (Crim.), 29758, leave to appeal refused, 18.9.03, autorisation d'appel refusée.
- Westendorp v. National Trust Co.* (Ont.), 29740, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wu v. The Queen* (F.C.), 29730, leave to appeal refused, 2.10.03, autorisation d'appel refusée.
- Wyndham Street Investment Inc. v. The Corporation of the City of Guelph* (Ont.), 29728, leave to appeal refused with costs, 9.10.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Wytshyn v. The Queen* (Alta.) (Crim.), 29766, leave to appeal refused, 7.8.03, autorisation d'appel refusée.
- Yeager v. Correctional Service of Canada* (F.C.), 29665, leave to appeal refused with costs, 17.7.03, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ziggotti c. Desmarais* (Qué.), 29756, leave to appeal refused, 28.8.03, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		F	
Asante-Mensah, R. v.	3	Forest Appeals Commission, Paul v.	585
Authorson v. Canada (Attorney General)	40		
B		G	
B. (K.L.) v. British Columbia	403	G. (E.D.) v. Hammer	459
B. (M.) v. British Columbia	477	Gurniak v. Nordquist	652
B. (S.A.), R. v.	678		
Bédard, R. v.	621	H	
Bégin, Compagnie pétrolière Impériale ltée v.	624	Hammer, E.D.G. v.	459
Blais, R. v.	236	Hammer, G. (E.D.) v.	459
British Columbia, B. (K.L.) v.	403		
British Columbia, B. (M.) v.	477	I	
British Columbia, K.L.B. v.	403	Imperial Oil Ltd. v. Quebec (Minister of the Environment)	624
British Columbia, M.B. v.	477	Insurance Corp. of British Columbia, Unifund Assurance Co. v.	63
British Columbia (Forest Appeals Commission), Paul v.	585		
C		J	
Canada (Attorney General), Authorson v.	40	Johnston, R. v.	357
Canada, Wewaykum Indian Band v. (motion)	259		
Compagnie pétrolière Impériale ltée v. Bégin	624	K	
D		L	
Deloitte & Touche LLP v. Ontario (Securities Commission)	713	K.L.B. v. British Columbia	403
		Kelly, R. v.	400
E			
É.B., R. v.	621	Laseur, Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v.	504
E.D.G. v. Hammer	459		
Edgar, R. v.	388		

	PAGE		PAGE
M		R	
M.B. v. British Columbia.....	477	R. v. Asante-Mensah	3
Martin, Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v.	504	R. v. B. (S.A.).....	678
Mitchell, R. v.....	396	R. v. Bédard.....	621
N		R. v. Blais.....	236
Nordquist, Gurniak v.....	652	R. v. É.B.	621
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur	504	R. v. Edgar.....	388
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin.....	504	R. v. Johnston.....	357
O		R. v. Kelly	400
O.P.S.E.U., Local 324, Parry Sound (District) Social Services Administrative Board v.	157	R. v. Mitchell.....	396
Ontario (Securities Commission), Deloitte & Touche LLP v.	713	R. v. Phillips.....	623
P		R. v. Powley	207
Parry Sound (District) Social Services Administrative Board v. O.P.S.E.U., Local 324	157	R. v. S.A.B.	678
Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)	585	R. v. Smith.....	392
Paul v. Forest Appeals Commission.....	585	R. v. Williams.....	134
Phillips, R. v.....	623	S	
Powley, R. v.	207	S.A.B., R. v.	678
Q		Smith, R. v.....	392
Quebec (Minister of the Environment), Imperial Oil Ltd. v.....	624	U	
		Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia	63
		W	
		Williams, R. v.....	134
		Wewaykum Indian Band v. Canada (motion)	259

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		F	
Asante-Mensah, R. c.	3	Forest Appeals Commission, Paul v.	585
Authorson c. Canada (Procureur général)	40		
B		G	
B. (K.L.) c. Colombie-Britannique.....	403	G. (E.D.) c. Hammer.....	459
B. (M.) c. Colombie-Britannique.....	477	Gurniak c. Nordquist	652
B. (S.A.), R. c.....	678		
Bande indienne Wewaykum c. Canada (requête) ..	259	H	
Bédard, R. c.	621	Hammer, E.D.G. c.	459
Bégin, Compagnie pétrolière Impériale ltée c.	624	Hammer, G. (E.D.) c.	459
Blais, R. c.....	236		
C		I	
Canada, Bande indienne Wewaykum c. (requête) ..	259	Insurance Corp. of British Columbia, Unifund Assurance Co. c.	63
Canada (Procureur général), Authorson c.....	40		
Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement).....	624	J	
Colombie-Britannique, B. (K.L.) c.	403	Johnston, R. c.....	357
Colombie-Britannique, B. (M.) c.....	477		
Colombie-Britannique, K.L.B. c.	403	K	
Colombie-Britannique, M.B. c.	477	K.L.B. c. Colombie-Britannique	403
Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission), Paul c.	585	Kelly, R. c.	400
Compagnie pétrolière Impériale ltée c. Bégin	624		
D		L	
Deloitte & Touche LLP c. Ontario (Commission des valeurs mobilières).....	713	Laseur, Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c.....	504
E		M	
É.B., R. c.....	621	M.B. c. Colombie-Britannique	477
E.D.G. c. Hammer	459	Martin, Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c.....	504
Edgar, R. c.....	388		

	PAGE		PAGE
Mitchell, R. c.	396		
N			
Nordquist, Gurniak c.	652	R. c. Asante-Mensah	3
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur	504	R. c. B. (S.A.).....	678
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	504	R. c. Bédard	621
O			
Ontario (Commission des valeurs mobilières), Deloitte & Touche LLP c.	713	R. c. Blais.....	236
P			
Parry Sound (District) Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	157	R. c. É.B.....	621
Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)	585	R. c. Edgar	388
Paul c. Forest Appeals Commission	585	R. c. Johnston.....	357
Phillips, R. c.....	623	R. c. Kelly	400
Powley, R. c.	207	R. c. Mitchell	396
Q			
Québec (Ministre de l'Environnement), Cie pétrolière Impériale ltée c.	624	R. c. Phillips.....	623
R			
		R. c. Powley	207
		R. c. S.A.B.	678
		R. c. Smith	392
		R. c. Williams.....	134
S			
		S.A.B., R. c.	678
		S.E.E.F.P.O., section locale 324, Parry Sound (District) Conseil d'administration des services sociaux c.....	157
		Smith, R. c.	392
U			
		Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia	63
W			
		Williams, R. c.	134

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	[2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40	640
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40	640
671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.	[2001] 2 S.C.R. 983, 2001 SCC 59	417, 441
A		
A. (C.) v. C. (J.W.)	(1998), 60 B.C.L.R. (3d) 92	471
Adler v. Ontario	[1996] 3 S.C.R. 609	604
Alderich v. Humphrey	(1898), 29 O.R. 427	26
Ali v. Sydney Mitchell & Co.	[1980] A.C. 198	415
Allstate Insurance Co. v. Hague	449 U.S. 302 (1981)	96
Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 R.C.S. 897	129
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 S.C.R. 897	129
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	498
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	558
Aro Canada Inc. and I.A.M., Re	(1988), 34 L.A.C. (3d) 255	194
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)	[1990] 3 R.C.S. 1170	645
Athey v. Leonati	[1996] 3 S.C.R. 458	437, 472
Attorney General for Ontario v. Scott	[1956] S.C.R. 137	91
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	86
Avenue Properties Ltd. v. First City Development Corp.	(1986), 32 D.L.R. (4th) 40	129
B		
B. (P.A.) v. Curry	(1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1	427
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	645
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	645
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1995] 4 R.C.S. 344	428
Bande indienne Wewaykum c. Canada	[2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79	428
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	[2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31	597
Bank of Toronto v. Perkins	(1883), 8 S.C.R. 603	201

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bannon v. McNeely	(1998), 38 O.R. (3d) 659	656
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20	723
Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs	[1996] 3 S.C.R. 566	526
Bazley v. Curry	[1999] 2 S.C.R. 534	417, 439
Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario	[1937] O.R. 796	92
Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone.....	[2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36	645
Bell Canada c. Canada (Commission des droits de la personne)	[2001] 2 C.F. 392	537
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 R.C.S. 749	598
Bell Canada v. Canada (Human Rights Commission).....	[2001] 2 F.C. 392	537
Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association.....	[2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36	645
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)	[1988] 1 S.C.R. 749	598
Berg (Litigation guardian of) v. Farm Bureau Mutual Insurance Co. ...	(2000), 50 O.R. (3d) 109	125
Besse v. Thom.....	(1979), 96 D.L.R. (3d) 657.....	37
Biscotti v. Ontario Securities Commission.....	(1991), 1 O.R. (3d) 409	719
Blanchard c. Control Data Canada Ltée	[1984] 2 R.C.S. 476	186
Blanchard v. Control Data Canada Ltd.....	[1984] 2 S.C.R. 476	186
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development).....	[1995] 4 S.C.R. 344	428
Brennan v. Singh.....	[1999] B.C.J. No. 520 (QL).....	112
Brennan v. Singh.....	(2000), 75 B.C.L.R. (3d) 93, 2000 BCCA 294	74, 112
Brennan v. Singh.....	(2001), 15 C.P.C. (5th) 17, 2001 BCSC 1812	113
Briggs v. Laviolette.....	(1994), 21 C.C.L.T. (2d) 105	36
British Columbia Chicken Marketing Board v. British Columbia Marketing Board	(2002), 216 D.L.R. (4th) 587, 2002 BCCA 473	617
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	568
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights).....	[1999] 3 S.C.R. 868	568
Broken Hill South Ltd. v. Commissioner of Taxation (N.S.W.).....	(1936-1937), 56 C.L.R. 337	92
Brooks v. Canada Safeway Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 1219	554
Brookville Transport Ltd. v. Maine	(1997), 189 N.B.R. (2d) 142.....	121
Brown v. Metropolitan Authority	(1996), 150 N.S.R. (2d) 43	370
Brownell v. Tannahill.....	(2000), 52 O.R. (3d) 227	656
Buhs v. Board of Education of Humboldt Rural School Division No. 47	(2002), 217 Sask. R. 222, 2002 SKCA 41...603	603
Buksh v. Franco	(1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288	656, 660
Bustard v. Boucher.....	[1997] N.B.J. No. 39 (QL).....	494

C

C. (P.) v. C. (R.).....	(1994), 114 D.L.R. (4th) 151.....	430
C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)	[2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29	172, 609

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.	[2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36	606
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	171, 611
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	171, 611
Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 S.C.R. 147	119
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Reynolds	(1997), 139 F.T.R. 315	537
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Reynolds	[1997] A.C.F. n° 1763 (QL)	537
Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.	[2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36	606
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157	172, 537
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band	[1995] 1 S.C.R. 3	607
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	[1995] 1 R.C.S. 3	607
Cassidy v. Ministry of Health	[1951] 2 K.B. 343	424
Challand v. Bell	(1959), 18 D.L.R. (2d) 150	415
Chopra v. Eaton (T.) Co.	(1999), 240 A.R. 201	36
Christie v. Leachinsky	[1947] A.C. 573	23
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	80
Cluett c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 216	37
Cluett v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 216	37
Cockerill v. Willms Transport (1964) Ltd.	(2001), 284 A.R. 256, 2001 ABQB 136	494
Colet c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 2	23
Colet v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 2	23
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	568
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)	[1999] 3 R.C.S. 868	568
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie	[1978] 1 R.C.S. 369	286, 645
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369	286, 645
Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 R.C.S. 147	119
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15	[1997] 1 R.C.S. 487	170
Cook v. Parcel, Mauro, Hultin & Spaanstra, P.C.	(1997), 143 D.L.R. (4th) 213	122
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1996] 3 R.C.S. 854	84, 516, 594
Cooper v. Canada (Human Rights Commission)	[1996] 3 S.C.R. 854	84, 515, 594
Corbett v. Co-operative Fire & Casualty Co.	(1984), 14 D.L.R. (4th) 531	108
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	561
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	561
Credit Foncier Franco-Canadien v. Ross	[1937] 3 D.L.R. 365	92
Crevier c. Procureur général du Québec	[1981] 2 R.C.S. 220	602
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	602
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5	84, 515
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	[1991] 2 S.C.R. 5	84, 515
Cunningham v. Wheeler	[1994] 1 S.C.R. 359	101, 492
Curr c. La Reine	[1972] R.C.S. 889	57
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889	57
D		
David Taylor & Son, Ltd. v. Barnett	[1953] 1 All E.R. 843	537
Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada	[1993] 2 R.C.S. 230	170

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 230.....	170
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2.....	28
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2.....	28
Delgamuukw c. Colombie-Britannique.....	[1997] 3 R.C.S. 1010.....	593
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010.....	593
Diggs v. Century Investigation and Security Services Inc.	[2002] O.J. No. 4251 (QL).....	31
Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal.....	(1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301	292
Douglas Aircraft Co. of Canada v. McConnell.....	[1980] 1 S.C.R. 245	170
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	84, 515, 607
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19	602, 723
Dupras v. Mason	(1994), 99 B.C.L.R. (2d) 266	616
Durham v. Public School Board of Township School Area of North Oxford	(1960), 23 D.L.R. (2d) 711.....	415
E		
E.D.G v. Hammer	[2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52	410, 482
Earnshaw v. Despins	(1990), 45 B.C.L.R. (2d) 380	498
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant.....	[1997] 1 R.C.S. 241	557
Eaton v. Brant County Board of Education	[1997] 1 S.C.R. 241	557
Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739	18
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124	255
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	526
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624.....	572
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624.....	572
Emery v. Emery	289 P.2d 218 (1955).....	429
Ermieskin Cree Nation v. Canada.....	(2001), 297 A.R. 226, 2001 ABQB 760	610
États-Unis d'Amérique c. Dynar	[1997] 2 R.C.S. 462	154
Evans v. Eckelman.....	265 Cal. Rptr. 605 (1990).....	429
F		
Florence Mining Co. v. Cobalt Lake Mining Co.....	(1909), 18 O.L.R. 275.....	59
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique	[1980] 1 R.C.S. 1031.....	608
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America....	[1980] 1 S.C.R. 1031	608
Frank c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 95	244
Frank v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 95	244
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 R.C.S. 316	173
Frey v. Fedoruk.....	[1950] S.C.R. 517	22
G		
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641	597
Genner v. Sparks	(1704), 6 Mod. Rep. 173, 87 E.R. 928	26

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Gignac v. Neufeld	(1999), 43 O.R. (3d) 741	656
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission).....	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	101, 597
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission).....	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21	101, 597
Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.	[1956] S.C.R. 610	181
Gosselin c. Québec (Procureur général)	[2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84	568
Gosselin v. Quebec (Attorney General).....	[2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84	568
Grainger v. Hill	(1838), 4 Bing. (N.C.) 212, 132 E.R. 769	26
Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28	515
Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28	526
Gray v. Kerslake.....	[1958] S.C.R. 3	88
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	284, 428
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335	284, 428

H

Hatchwell c. La Reine.....	[1976] 1 R.C.S. 39	376
Hatchwell v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 39	376
Healy v. Interboro Mutual Indemnity Insurance Co.....	(1999), 44 O.R. (3d) 404	105
Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick ..	[1979] 2 R.C.S. 768	186
Heustis v. New Brunswick Electric Power Commission.....	[1979] 2 S.C.R. 768	186
Higgins v. MacDonald	(1928), 50 C.C.C. 353.....	26
Hodgson v. Trapp.....	[1989] 1 A.C. 807	496
Holgate-Mohammed v. Duke.....	[1984] 1 A.C. 437	20
Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de).....	[2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90	89, 129
Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of).....	[2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90	89, 129
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	438, 500
Hunt v. T&N plc	[1993] 4 S.C.R. 289	89, 117
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	255, 694
Hussien v. Chong Fook Kam.....	[1970] A.C. 942	25

I

Insurance Corp. of British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada.....	[1999] I.L.R. ¶I-3705.....	102, 126
International Shoe Co. v. State of Washington	326 U.S. 310 (1945).....	96
Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 477	91
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 282	646

J

J. (L.A.) v. J. (H.)	(1993), 13 O.R. (3d) 306	430
Jacobi v. Griffiths	[1999] 2 S.C.R. 570	417, 452, 466, 474
Jang v. Jang	(1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121	656, 660
Janzen v. Platy Enterprises Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 1252.....	553
Jevco Insurance Co. v. Continental Insurance Co. of Canada.....	(2000), 132 O.A.C. 379	85

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
K		
K.L.B c. Colombie-Britannique	[2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51	462, 474, 482, 501
K.L.B. v. British Columbia.....	[2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51	462, 474, 482, 501
Kalenczuk v. Kalenczuk	(1920), 52 D.L.R. 406.....	93
King v. Poe.....	(1866), 15 L.T.R. (N.S.) 37.....	22
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	[2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31	597
Knight v. Indian Head School Division No. 19.....	[1990] 1 S.C.R. 653	646
Krangle (Guardian ad litem of) v. Brisco	[2002] 1 S.C.R. 205, 2002 SCC 9	494
Krangle (Tutrice à l'instance de) c. Brisco	[2002] 1 R.C.S. 205, 2002 CSC 9	494
Krieger v. Law Society of Alberta	[2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65	602
L		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574	429, 470
Ladore v. Bennett.....	[1939] A.C. 468	93
Lapointe v. Association de Bienfaisance et de Retraite de la Police de Montréal	[1906] A.C. 535	55
La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada	[1980] 2 R.C.S. 303	93
Lavoie v. Canada.....	[2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23	560
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497	550
Law Society of New Brunswick v. Ryan.....	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20	723
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	550
Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1145	424, 468
Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1145	424, 468
Lincoln v. Hayman.....	[1982] 2 All E.R. 819.....	496
Liquid Carbonic Inc. and U.S.W.A., Re	(1992), 25 L.A.C. (4th) 144.....	194
Lister v. Hesley Hall Ltd.....	[2002] 1 A.C. 215	422
Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.	[2000] Q.B. 451	286
Lochner v. New York	198 U.S. 45 (1905).....	56
Long v. Citi Club	[1995] O.J. No. 1411 (QL)	121
Lovelace v. Ontario.....	[2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37	561
M		
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	526
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	427
M. (M.) v. F. (R.).....	(1997), 52 B.C.L.R. (3d) 127	430, 489
M.B. v. British Columbia.....	[2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53	410, 462, 474
M.B. c. Colombie-Britannique	[2003] 2 S.C.R. 477, 2003 CSC 53	410, 462, 474
M.S. v. Baker	(2001), 309 A.R. 1, 2001 ABQB 1032	494

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Macartney v. Warner	(2000), 46 O.R. (3d) 669	656
MacDonald v. Hees	(1974), 46 D.L.R. (3d) 720	31
MacDonald v. Proctor	(1977), 86 D.L.R. (3d) 455	104
Man O'War Station Ltd. v. Auckland City Council (Judgment No. 1)	[2002] 3 N.Z.L.R. 577	
	[2002] UKPC 28	295
Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine	[1979] 1 R.C.S. 101	59
Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 101	59
Marinelli v. Keigan	(1999), 173 N.S.R. (2d) 56	576
Matt v. Barber	(2002), 162 O.A.C. 34	656
McKay v. Board of The Govan School Unit No. 29 of Saskatchewan	[1968] S.C.R. 589	415
McKenzie v. Mason	(1992), 72 B.C.L.R. (2d) 53	616
McLeod v. Egan	[1975] 1 S.C.R. 517	173, 199, 537
McNichol Estate v. Woldnik	(2001), 150 O.A.C. 68	121
Miller c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 680	52
Miller v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 680	52
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863	614
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	614
Mitchell c. Bande indienne Peguis	[1990] 2 R.C.S. 85	254
Mitchell v. Peguis Indian Band	[1990] 2 S.C.R. 85	254
Mobarakizadeh v. Viking Rideau Corp.	[2001] O.J. No. 5045 (QL)	29
Moosehunter c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 282	244
Moosehunter v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 282	244
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.	[1975] 1 S.C.R. 393	93, 120
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	89, 111
Mullins v. Levenick	[1998] N.B.J. No. 60 (QL)	31
Murray v. Ministry of Defence	[1988] 1 W.L.R. 692	20
Muscutt v. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	121
Myers v. Peel County Board of Education	[1981] 2 S.C.R. 21	415
N		
Negrych v. Campbell's Cabins (1987) Ltd.	[1997] 8 W.W.R. 270	121
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)	[1992] 1 R.C.S. 623	290, 646
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)	[1992] 1 S.C.R. 623	290, 646
Nicholl v. Darley	(1828), 2 Y. & J. 399, 148 E.R. 974	25
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226	432
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada	[1983] 1 S.C.R. 733	86
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada	[1983] 1 R.C.S. 733	86
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	[2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54	594
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54	594
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29	254
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29	254

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
O		
Oakley v. Barry	(1998), 158 D.L.R. (4th) 679	121
O'Brien v. Canada (Attorney General).....	(2002), 210 D.L.R. (4th) 668.....	121
Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch).....	[2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52	646
Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch).....	[2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52	646
Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)	[1990] 3 S.C.R. 1170	645
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 206	601
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 R.C.S. 206	601
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	597
P		
Pacific International Securities Inc. v. Drake Capital Securities Inc.	(2000), 194 D.L.R. (4th) 716.....	122
Pallos v. Insurance Corp. of British Columbia	(1995), 100 B.C.L.R. (2d) 260	498
Palmer v. Goodall	(1991), 53 B.C.L.R. (2d) 44	498
Panton v. Minister of Finance	[2001] 5 L.R.C. 132	
	[2001] UKPC 33	298
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board).....	[1997] 2 S.C.R. 890	541
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba..	[1991] 2 R.C.S. 869	639
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee.....	[1991] 2 S.C.R. 869	639
Peel District School Board and O.P.S.T.F., District 19 (Havery) (Re)....	(2000), 84 L.A.C. (4th) 289.....	194
Pennoyer v. Neff	95 U.S. 714 (1877).....	91
Potts v. Gluckstein	(1992), 8 O.R. (3d) 556	77
Pozniak v. Sault Ste. Marie Police Services Board	(2000), 139 O.A.C. 186	29
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia.....	[1982] 2 R.C.S. 307	86
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigra- tion)	[1998] 1 R.C.S. 982	606
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ...	[1998] 1 S.C.R. 982	606
Q		
Quiroz v. Wallace	(1998), 40 O.R. (3d) 737	656
R		
R. v. 974649 Ontario Inc.....	[2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81	613
R. v. Ambrose.....	[1999] O.J. No. 3607 (QL)	29
R. v. Ancio	[1984] 1 S.C.R. 225	153
R. v. Araujo	[2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65	701
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	244
R. v. Bertram.....	[1989] O.J. No. 2123 (QL)	288
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	385
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	246
R. v. Biron.....	[1976] 2 S.C.R. 56	37

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Bottrell.....	(1981), 60 C.C.C. (2d) 211	37
R. v. Boutilier.....	(1995), 144 N.S.R. (2d) 293	374
R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)	[1999] 2 W.L.R. 272	293
R. v. Briggs	(2001), 157 C.C.C. (3d) 38.....	698
R. v. Brighteyes.....	(1997), 199 A.R. 161	690
R. v. Brodie	(1995), 60 B.C.A.C. 153.....	149
R. v. Burnshine.....	[1975] 1 S.C.R. 693	52
R. v. Carleton	(1981), 32 A.R. 181	378
R. v. Carleton	[1983] 2 S.C.R. 58	378
R. v. City of Sault Ste. Marie.....	[1978] 2 S.C.R. 1299	144
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	695
R. v. Cooper	[1993] 1 S.C.R. 146	146
R. v. Cuerrier.....	[1998] 2 S.C.R. 371	142
R. v. Cunningham	(1979), 49 C.C.C. (2d) 390.....	28
R. v. D.W.M.	[2001] A.J. No. 165 (QL), 2001 ABPC 5	374
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944	149
R. v. Dewey.....	(1999), 132 C.C.C. (3d) 348.....	149
R. v. Dow	(1999), 120 B.C.A.C. 16, 1999 BCCA 177	374
R. v. Driver.....	[2000] B.C.J. No. 63 (QL), 2000 BCSC 69	374
R. v. Droste	(1979), 49 C.C.C. (2d) 52.....	146
R. v. Drybones	[1970] S.C.R. 282.....	51
R. v. Dymnt	[1988] 2 S.C.R. 417	696
R. v. Edgar	[2003] 2 S.C.R. 388, 2003 SCC 47	361, 393, 397, 401
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	575
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330.....	147
R. v. F. (S.)	(2000), 141 C.C.C. (3d) 225.....	698
R. v. F.W.M.	[2001] O.J. No. 4591 (QL)	374
R. v. Francis	[1988] 1 S.C.R. 1025	608
R. v. Freake	(1990), 85 Nfld. & P.E.I.R. 25	36
R. v. Godin	[1994] 2 S.C.R. 484	143
R. v. Godoy	[1999] 1 S.C.R. 311	28
R. v. Golden	[2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83	695
R. v. Gough.....	[1993] A.C. 646	291
R. v. Horseman.....	[1990] 1 S.C.R. 901	244
R. v. Hynes.....	[2001] 3 S.C.R. 623, 2001 SCC 82	613
R. v. J.T.H.	(2002), 209 N.S.R. (2d) 302, 2002 NSCA 138.....	374
R. v. Jameson	[1896] 2 Q.B. 425	90
R. v. Johnson.....	[2003] 2 S.C.R. 357, 2003 SCC 46	389, 393, 393, 401
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229	373, 693
R. v. Kelly	[2003] 2 S.C.R. 400, 2003 SCC 50	361, 393, 397, 390

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Latimer	[1997] 1 S.C.R. 217	24
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852	705
R. v. Leclerc	(1991), 67 C.C.C. (3d) 563	148
R. v. Lerke	(1986), 24 C.C.C. (3d) 129	13
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	371
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	255
R. v. Mills	[1999] 3 S.C.R. 668	694
R. v. Mitchell	[2003] 2 S.C.R. 396, 2003 SCC 49	361, 390, 393, 401
R. v. Moore	(1985), 16 C.C.C. (3d) 328	374
R. v. Morin	(1998), 173 Sask. R. 101	374
R. v. Morris	(2001), 283 A.R. 272	28
R. v. N. (L.)	(1999), 71 Alta. L.R. (3d) 92, 1999 ABCA 206	374
R. v. O.G.	[2001] O.J. No. 1964 (QL)	374
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	572
R. v. Page	[1964] O.J. No. 383 (QL)	19
R. v. Platten	(2000), 258 A.R. 153	28
R. v. Potvin	[1989] 1 S.C.R. 525	370
R. v. Powley	[2003] 2 S.C.R. 207, 2003 SCC 43	241
R. v. Proulx	[2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5	372
R. v. R.C.	(1996), 145 Nfld. & P.E.I.R. 271	374
R. v. Ross	[1998] O.J. No. 3427 (QL)	149
R. v. Roy	[1999] Q.J. No. 5648 (QL)	374
R. v. S. (R.D.)	[1997] 3 S.C.R. 484	288
R. v. S. (R.J.)	[1995] 1 S.C.R. 451	694
R. v. Simpson	(1993), 79 C.C.C. (3d) 482	37
R. v. Smith	[2003] 2 S.C.R. 392, 2003 SCC 48	361, 389, 397, 401
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	231, 596
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	694
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	720
R. v. Sutherland	[1980] 2 S.C.R. 451	254
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	563
R. v. Thomas Equipment Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 529	93
R. v. Tremblay	(2000), 87 Alta. L.R. (3d) 229, 2000 ABQB 551	374
R. v. Tricker	(1995), 96 C.C.C. (3d) 198	29
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	217
R. v. Vang	(1999), 132 C.C.C. (3d) 32	149
R. v. Ville de Sault Ste-Marie	[1978] 2 R.C.S. 1299	144
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417	692
R. v. Whitfield	[1970] S.C.R. 46	23
Ramsay (Tichkowsky) v. Bain	(1995), 170 A.R. 298	494
Ratyck v. Bloomer	[1990] 1 S.C.R. 940	101
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	58
Re Blouin Drywall Contractors Ltd. and United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 2486	(1975), 8 O.R. (2d) 103	193

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Re Harry Woods Transport Ltd. and Teamsters Union, Local 141	(1977), 15 L.A.C. (2d) 140	194
Re Laporte and The Queen	(1972), 29 D.L.R. (3d) 651	696
Re Moore and The Queen	(1984), 10 C.C.C. (3d) 306	372
Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec	[1939] S.C.R. 104	246
Reference re Firearms Act (Can.)	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31	597
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	233
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	574
Reference re Resolution to Amend the Constitution	[1981] 1 S.C.R. 753	53
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297	94, 130
Reference re Workers’ Compensation Act, 1983 (Nfld.)	[1989] 1 S.C.R. 922	552
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commis- sioners	[2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14	85
Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commis- sioners	[2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14	85
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	58
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31	597
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	574
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 R.C.S. 297	94, 130
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	233
Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753	53
Renvoi : Workers’ Compensation Act, 1983 (T.-N.)	[1989] 1 R.C.S. 922	552
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	182
Royal Bank of Canada v. The King	[1913] A.C. 283	88
Ruckheim v. Robinson	(1995), 1 B.C.L.R. (3d) 46	74
S		
S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)	[2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29	172, 609
Sandon v. Jervis	(1859), El. Bl. & El. 942, 120 E.R. 760	25
Sansregret c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 570	144
Sansregret v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 570	144
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	574
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 282	646
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	181
Snell v. Farrell	[1990] 2 S.C.R. 311	415
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157	172, 537
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	[2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78	89, 111
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.	[2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78	89, 112
Spencer v. Pollard	(1989), 68 O.R. (2d) 730	29
Spicer v. Holt	[1977] A.C. 987	26
Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board	[1933] S.C.R. 629	243
Spruce Falls Inc. and I.W.A.-Canada, Local 2995 (Trudel) (Re)	(2002), 106 L.A.C. (4th) 41	193
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier	[1986] 1 R.C.S. 704	85

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219.....	[1986] 1 S.C.R. 704.....	85
Stein c. Le navire « Kathy K »	[1976] 2 R.C.S. 802.....	438
Stein v. The Ship “Kathy K”	[1976] 2 S.C.R. 802.....	438
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437.....	598
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration).....	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1	190
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1	190
T		
Tétréault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigra- tion)	[1991] 2 R.C.S. 22	515, 614
Tétréault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commis- sion).....	[1991] 2 S.C.R. 22	515, 614
The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy	[1924] 1 K.B. 256	291
The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada	[1980] 2 S.C.R. 303	93
The Queen v. Barnsley Licensing Justices	[1960] 2 Q.B. 167	291
The Queen v. Jennings.....	[1966] S.C.R. 532	498
Tolofson v. Jensen.....	[1994] 3 S.C.R. 1022	80, 117
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	170
U		
Union Steamship Co. of Australia Proprietary Ltd. v. King.....	(1988), 166 C.L.R. 1	96
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.	[1993] 2 S.C.R. 316	173
United States of America v. Dynar	[1997] 2 S.C.R. 462	154
V		
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	286, 644
Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673	286, 644
Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720.....	[1980] 1 R.C.S. 178	170
Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720	[1980] 1 S.C.R. 178	170
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493	526
W		
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929	85, 529
Wells c. Terre-Neuve.....	[1999] 3 R.C.S. 199	54
Wells v. Newfoundland.....	[1999] 3 S.C.R. 199	54
Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l’énergie)	[1998] 1 R.C.S. 322	606
Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board).....	[1998] 1 S.C.R. 322	606
Wewaykum Indian Band v. Canada.....	[2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79	428
White v. Slawter.....	(1996), 149 N.S.R. (2d) 321	576
Wilsher v. Essex Area Health Authority	[1988] 2 W.L.R. 557	415

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625	556
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute).....	[1999] 2 S.C.R. 625	555
Y		
Yewens v. Noakes	(1880), 6 Q.B.D. 530	444

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C		F	
<i>Canadian Bill of Rights</i> , S.C. 1960, c. 44		<i>Forest Practices Code of British Columbia Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 159	
s. 1(a)	40	s. 96	585
s. 2(e)	40	s. 131(8)	585
s. 5	40		
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations</i> , N.S. Reg. 57/96	504
s. 1	504		
s. 7	678	G	
s. 8	678	<i>Game and Fish Act</i> , R.S.O. 1990, c. G.1	
s. 11(i)	357, 388, 392, 396, 400	s. 46	207
s. 15	504	s. 47(1)	207
<i>Constitution Act, 1982</i>		H	
s. 35	207, 585	<i>Human Rights Code</i> , R.S.O. 1990, c. H.19	
s. 52	504	s. 5(1)	157
s. 91(24)	585	I	
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		<i>Insurance Act</i> , R.S.O. 1990, c. I.8	
s. 24(1)	134	s. 275	63
s. 265(1)(a)	134	<i>Insurance (Motor Vehicle) Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 231	
s. 268(1)	134	s. 25	652
ss. 487.04 to 487.09	678	L	
s. 660	134	<i>Labour Relations Act, 1995</i> , S.O. 1995, c. 1, Sch. A.	
s. 753	357, 388, 392, 396, 400	s. 48(1)	157
s. 753.1	357, 388, 392, 396, 400	s. 48(12)	157
s. 759(3)(b)	357, 388, 392, 396, 400		
D			
<i>Department of Veterans Affairs Act</i> , R.S.C. 1985, c. V-1			
s. 5.1(4)	40		
E			
<i>Employment Standards Act</i> , R.S.O. 1990, c. E.14			
s. 44	157		
s. 64.5(1)-(4)	157		

	PAGE		PAGE
N		T	
<i>Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba)</i>		<i>Trespass to Property Act, R.S.O. 1990, c. T.21</i>	
para. 13.....	236	s. 9.....	3
S		W	
<i>Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5</i>		<i>Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10</i>	
s. 11.....	713	s. 10B.....	504
s. 13.....	713	s. 185(1).....	504
s. 16.....	713	s. 252(1).....	504
s. 17.....	713	s. 256(1).....	504

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		<i>Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations</i> , N.S. Reg. 57/96.....	504
art. 24(1).....	134	I	
art. 265(1)a)	134	<i>Insurance (Motor Vehicle) Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 231	
art. 268(1).....	134	art. 25	652
art. 487.04 à 487.09	678	L	
art. 660	134	<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>	
art. 753	357, 388, 392, 396, 400	art. 35	207, 585
art. 753.1	357, 388, 392, 396, 400	art. 52	504
art. 759(3)b)	357, 388, 392, 396, 400	art. 91(24).....	585
<i>Code des droits de la personne</i> , L.R.O. 1990, ch. H.19		<i>Loi de 1995 sur les relations de travail</i> , L.O. 1995, ch. 1, ann. A	
art. 5(1).....	157	art. 48(1).....	157
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		art. 48(12).....	157
art. 1	504	<i>Loi sur la chasse et la pêche</i> , L.R.O. 1990, ch. G.1	
art. 7	678	art. 46	207
art. 8	678	art. 47(1).....	207
art. 11i).....	357, 388, 392, 396, 400	<i>Loi sur l'entrée sans autorisation</i> , L.R.O. 1990, ch. T.21	
art. 15	504	art. 9	3
<i>Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba)</i>		<i>Loi sur le ministère des Anciens combat- tants</i> , L.R.C. 1985, ch. V-1	
art. 13	236	art. 5.1(4).....	40
D			
<i>Déclaration canadienne des droits</i> , S.C. 1960, ch. 44		<i>Loi sur les assurances de l'Ontario</i> , L.R.O. 1990, ch. I.8	
art. 1a)	40	art. 275	63
art. 2e)	40	<i>Loi sur les normes d'emploi</i> , L.R.O. 1990, ch. E.14	
art. 5	40	art. 44	157
F			
<i>Forest Practices Code of British Columbia Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 159		art. 64.5(1)-(4).....	157
art. 96	585		
art. 131(8).....	585		

	PAGE		PAGE
<i>Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990,</i>		W	
ch. S.5		<i>Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95,</i>	
art. 11	713	ch. 10	
art. 13	713	art. 10B.....	504
art. 16	713	art. 185(1).....	504
art. 17	713	art. 252(1).....	504
		art. 256(1).....	504

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Anand, Raj. <i>Task Force on the Law Concerning Trespass to Publicly-Used Property as it Affects Youth and Minorities</i> . Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1987.....	17
Atiyah, P. S. <i>Vicarious Liability in the Law of Torts</i> . London: Butterworths, 1967.	418, 442
Black, Vaughan. “Interprovincial Inter-Insurer Interactions: <i>Unifund v. ICBC</i> ” (2002), 36 <i>Can. Bus. L.J.</i> 436.....	106
Blackstone, William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 6. Traduit de l’anglais par N. M. Chompré. Paris : Bossange, 1823.....	22
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.	22
British Columbia. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , vol. 16, No. 7, 4th Sess., 37th Parl., May 29, 2003, p. 7108.....	615
British Columbia. Ministry for Children and Families. B.C. Federation of Foster Parent Associations. <i>Foster Family Handbook</i> , 3rd ed. Victoria: The Ministry, 2001.....	449
British Columbia. Ministry of Children and Family Development. B.C. Federation of Foster Parent Associations. Foster Care Education Program. <i>Program Schedule and Registration Guide</i> , Fall 2002.	449
British Columbia. Ministry of Children and Family Development. <i>Standards for Foster Homes</i> . Victoria: The Ministry, 2001.	450
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. <i>Canadian Labour Arbitration</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated April 2003, release 39).....	174
Canada. Association des commissions des accidents du travail du Canada. <i>Compensating for Chronic Pain — 2000</i> . Mississauga, Ont. : ACATC, 2000.....	576
Canada. Association of Workers’ Compensation Boards of Canada. <i>Compensating for Chronic Pain — 2000</i> . Mississauga, Ont.: AWCBC, 2000.	576
Canada. Chambre des Communes. <i>Débats de la Chambre des Communes</i> , vol. XX, 3 ^e sess., 5 ^e Parl., 6 juillet 1885, p. 3209.....	248
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 41. <i>L’arrestation</i> . Ottawa : La Commission, 1985.....	24
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités</i> , vol. 4. Ottawa : La Commission, 1996.....	215, 242
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XX, 3rd Sess., 5th Parl., July 6, 1885, p. 3113.....	248
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 41. <i>Arrest</i> . Ottawa: The Commission, 1985.	24

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Perspectives and Realities</i> , vol. 4. Ottawa: The Commission, 1996.	215, 242
Canada. Sénat. <i>Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles</i> , fascicule n° 43, 25 novembre 1998, p. 43:46.	699
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , Issue No. 43, November 25, 1998, p. 43:46.	699
Canadian Judicial Council. <i>Ethical Principles for Judges</i> . Ottawa: The Council, 1998.	288
Castel, Jean-Gabriel, and Janet Walker. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002 (loose-leaf updated December 2002, Issue 3).	90, 130
Colombie-Britannique. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , vol. 16, n° 7, 4 ^e sess., 37 ^e lég., 29 mai 2003, p. 7108.	615
Conseil canadien de la magistrature. <i>Principes de déontologie judiciaire</i> . Ottawa : Le Conseil, 1998.	288
Cooper-Stephenson, Kenneth D. <i>Personal Injury Damages in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.	494
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	246
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	246
Daigneault, Robert. « La portée de la nouvelle loi dite “du pollueur-payeur” » (1991), 36 <i>R.D. McGill</i> 1027.	642
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	182, 245
Flanagan, Thomas E. “The History of Metis Aboriginal Rights: Politics, Principle, and Policy” (1990), 5 <i>C.J.L.S.</i> 71.	248
Flannigan, Robert. “Enterprise control: The servant-independent contractor distinction” (1987), 37 <i>U.T.L.J.</i> 25.	444
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 9th ed. Sydney, Australia: LBC Information Services, 1998.	494
Fortier, L. Yves. “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: ‘Beware, My Lord, of Jealousy’” (2001), 80 <i>Can. Bar Rev.</i> 143.	84
Fridman, Gerald Henry Louis. <i>The Law of Torts in Canada</i> , vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.	37
Garant, Patrice. <i>Droit administratif</i> , vol. 2, « Le contentieux », 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996.	645
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2 ^e éd. Paris : Le Robert, 2001, « cause ».	61
Great Britain. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury (Pearson Report), vol. I. London: Her Majesty’s Stationery Office, 1978.	495
<i>Halsbury’s Laws of England</i> , vol. II(I), 4th ed. (reissue). By Lord Hailsham of St. Marylebone. London: Butterworths, 1990.	29
Hawkins, William. <i>A Treatise of the Pleas of the Crown; or, A system of the principal matters relating to that subject, digested under proper heads</i> , 8th ed., vol. II. London: S. Sweet, 1824.	22
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.	56
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2002, release 1).	88, 597

Holdsworth, Sir William. <i>A History of English Law</i> , vol. III, 2nd imp. London: Methuen & Co., 1973.....	13
Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. <i>L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.	643
Lewis, Richard. "Deducting Collateral Benefits from Damages: Principle and Policy" (1998), 18 <i>Legal Studies</i> 15.	494
Lytwyn, Victor P. "Historical Report on the Métis Community at Sault Ste. Marie", March 27, 1998.	221
McAllister, Debra M. "Administrative Tribunals and the <i>Charter</i> : A Tale of Form Conquering Substance", in <i>L.S.U.C. Special Lectures 1992 — Administrative Law: Principles, Practice and Pluralism</i> . Scarborough, Ont. : Carswell, 1993, 131.....	533
McLeod, Ross. <i>Parapolice: A Revolution in the Business of Law Enforcement</i> . Toronto: Boheme Press, 2002.....	17
Meagher, Gummow and Lehane's <i>Equity, Doctrines and Remedies</i> , 4th ed. by R. P. Meagher, J. D. Heydon and M. J. Leeming. Australia: Butterworths Lexis Nexis, 2002.	429
Morris, Alexander. <i>The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on Which they Were Based, and Other Information Relating Thereto</i> . Toronto: Belfords, Clarke, 1880.....	248
Morrison, James. "The Robinson Treaties of 1850: A Case Study". Study commissioned by the Royal Commission on Aboriginal Peoples.	222
Morton, W. L. <i>Manitoba: The Birth of a Province</i> . Winnipeg: Manitoba Record Society Publications, 1984.....	249
Murray, T. J. <i>Chronic Pain</i> . Report prepared for the Workers' Compensation Board of Nova Scotia. Halifax: Workers' Compensation Board of Nova Scotia, 1995.....	576
Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. <i>Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international</i> , N.U. AGRO, 40 ^e sess., suppl. n ^o 17, Doc. N.U. (A/40/17) (1985), ann. I, art. 8(1).	119
<i>New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , vol. 1. Oxford: Clarendon Press, "endanger".....	149
Ontario. Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail. <i>Chronic Pain Initiative : Report of the Chair of the Chronic Pain Panels</i> . Toronto : CSPAAAT, 2000.	576
Ontario. Ministère des Richesses naturelles. <i>Politique provisoire de mise en application des lois sur le droit des autochtones à chasser et à pêcher à des fins alimentaires</i> . Toronto : Le Ministère, 1991.....	213
Ontario. Ministère du Procureur général. <i>À qui cette terre? Guide légal des droits de protection des propriétés</i> . Toronto : Ministère du Procureur général, 1987.	28
Ontario. Ministère du Travail. <i>Projet de réforme de la Loi de l'Ontario sur les relations de travail</i> . Toronto : Ministère du Travail, 1991.	188
Ontario. Ministry of Labour. <i>Proposed Reform of the Ontario Labour Relations Act</i> . Toronto: Ministry of Labour, 1991.	188
Ontario. Ministry of Natural Resources. <i>Interim Enforcement Policy on Aboriginal Right to Hunt and Fish for Food</i> . Toronto: The Ministry, 1991.....	213
Ontario. Ministry of the Attorney General. <i>Discussion Paper on Occupiers' Liability and Trespass to Property</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1979.....	19

Ontario. Ministry of the Attorney General. <i>This land is whose land? A legal guide to property protection rights</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.	28
Ontario. Pearson International Airport Taxi and Limousine Task Force. <i>Report to the Ontario Minister of Municipal Affairs</i> . Toronto: The Task Force, 1990.....	9
Ontario. Workplace Safety and Insurance Board. <i>Chronic Pain Initiative: Report of the Chair of the Chronic Pain Panels</i> . Toronto: WSIB, 2000.....	576
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed., vol. I. Oxford: Clarendon Press, 1989, “apply”.	182
Peterson, Jacqueline. “Many roads to Red River: Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815”. In Jacqueline Peterson and Jennifer S. H. Brown, eds., <i>The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America</i> . Winnipeg: University of Manitoba Press, 1985, 37.....	228
Ray, Arthur J. “An Economic History of the Robinson Treaties Area Before 1860”, March 17, 1998.....	220
Rigakos, George S. <i>The New Parapolice: Risk Markets and Commodified Social Control</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2002.....	17
Roman, Andrew J. “Case Comment: <i>Cooper v. Canada (Human Rights Commission)</i> ” (1997), 43 Admin. L.R. (2d) 243.	533
Salhany, Roger E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated May 2003, release 18).	23
Stenning, Philip C., and Clifford D. Shearing. <i>Search and Seizure: Powers of Private Security Personnel</i> . Study paper prepared for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: The Commission, 1979.	17
Stenning, Philip C., et Clifford D. Shearing. <i>Perquisition, fouille et saisie : Les pouvoirs des agents de sécurité du secteur privé</i> . Étude effectuée pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa : La Commission, 1980.	17
Stephen, James Fitzjames. <i>A History of the Criminal Law of England</i> , vol. I. London: MacMillan and Co., 1883.....	21
Sullivan, Ruth E. “Interpreting the Territorial Limitations on the Provinces” (1985), 7 <i>Supreme Court L.R.</i> 511.....	88
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.....	370
<i>Trésor de la langue française</i> , t. 3. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1974, « appliquer ». ..	182
Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , vol. 1, 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000.	97
United Nations. Commission on International Trade Law. <i>UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration</i> , U.N. GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annex I, art. 8(1), 24 I.L.M. 1302.....	119
Watson, Garry D., and Frank Au. “Constitutional Limits on Service <i>Ex Juris</i> : Unanswered Questions from <i>Morguard</i> ” (2000), 23 <i>Advocates’ Q.</i> 167.	122
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswell, 1980.....	186
Weiler, Paul. “The Remedial Authority of the Labour Arbitrator: Revised Judicial Version” (1974), 52 <i>Can. Bar Rev.</i> 29.	177
Wilson, Bertha. “Decision-making in the Supreme Court” (1986), 36 <i>U.T.L.J.</i> 227.....	300

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Étienne Bédard *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BÉDARD

Neutral citation: 2003 SCC 56.

File No.: 29201.

2003: October 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Sexual offences — Evidence — Change in child's behaviour — Whether evidence of change in child's behaviour should be corroborated by expert evidence.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2002] Q.J. No. 394 (QL) (*sub nom. R. v. É.B.*), allowing the accused's appeal and entering a verdict of acquittal with respect to the three sexual offences. Appeal dismissed.

Sébastien Bergeron-Guyard, for the appellant.

Stéphane Poulin, for the respondent.

Trevor Shaw, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LEBEL J. — Having examined the appeal record and the arguments made by the parties, the Court is unanimously of the view that the appeal should be dismissed. However, it is not necessary to deal with all the questions of law raised in this appeal. Nonetheless, with respect to the question of the need for expert evidence concerning the change in behaviour of the child the prosecution alleges

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Étienne Bédard *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. BÉDARD

Référence neutre : 2003 CSC 56.

N° du greffe : 29201.

2003 : 7 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Changement du comportement de l'enfant — La preuve du changement du comportement de l'enfant doit-elle être appuyée d'une preuve d'expert?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2002] J.Q. n° 394 (QL) (*sub nom. R. c. É.B.*), qui a accueilli l'appel de l'accusé et prononcé un verdict d'acquiescement relativement aux trois infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

Sébastien Bergeron-Guyard, pour l'appelante.

Stéphane Poulin, pour l'intimé.

Trevor Shaw, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LEBEL — Après avoir examiné le dossier d'appel et les moyens soutenus par les parties, la Cour est unanimement d'avis de rejeter le pourvoi. Cependant, il n'est pas nécessaire de traiter de l'ensemble des questions de droit soulevées dans le présent appel. Toutefois, au sujet de la question de la nécessité d'une preuve d'expert à propos du changement du comportement de l'enfant que l'intimé

was assaulted by the respondent, it appears that the Quebec Court of Appeal never intended to impose a rule of law requiring such evidence in all circumstances. It is sufficient to note that the nature of the evidence presented in the Court of Québec justifies the conclusion that can be drawn from the Quebec Court of Appeal's decision that the verdict of guilty handed down by the trial judge was unreasonable. Although admissible, the evidence presented in support of the prosecution could not support a finding that the accused was guilty, on the standard of proof beyond a reasonable doubt.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General's Prosecutor, Québec.

Solicitors for the respondent: Bertrand, Poulin, Québec.

Solicitor for the intervener: Ministry of the Attorney General, Toronto.

aurait agressé selon la poursuite, il appert que la Cour d'appel du Québec n'a jamais entendu imposer une règle de droit exigeant une telle preuve en toutes circonstances. Il suffit alors de constater que la nature de la preuve présentée devant la Cour du Québec justifie la conclusion que l'on peut tirer de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec selon laquelle le verdict de culpabilité prononcé par le juge de première instance avait un caractère déraisonnable. Bien que recevable, la preuve présentée à l'appui de la poursuite ne pouvait permettre de conclure à la culpabilité du prévenu, selon la norme de la preuve hors d'un doute raisonnable.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Substitut du procureur général, Québec.

Procureurs de l'intimé : Bertrand, Poulin, Québec.

Procureur de l'intervenant : Ministère du Procureur général, Toronto.

Michael Alan Phillips *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PHILLIPS

Neutral citation: 2003 SCC 57.

File No.: 29609.

2003: October 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Trial — Fair trial — Unrepresented accused.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2003), 12 Alta. L.R. (4th) 211, 320 A.R. 172, 288 W.A.C. 172, 172 C.C.C. (3d) 285, 9 C.R. (6th) 57, [2003] 5 W.W.R. 623, [2003] A.J. No. 14 (QL), 2003 ABCA 4, dismissing the accused's appeal from his convictions for attempted murder and weapons offences. Appeal dismissed.

Kevin E. Moore, for the appellant.

David C. Marriott, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We do not need to hear from you, Mr. Marriott. We are all of the view that the appeal should be dismissed. Like the majority of the Court of Appeal of Alberta, we believe the accused had a fair trial. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Kevin E. Moore Law Office, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Justice, Edmonton.

Michael Alan Phillips *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. PHILLIPS

Référence neutre : 2003 CSC 57.

N° du greffe : 29609.

2003 : 17 octobre.

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

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

Droit criminel — Procès — Procès équitable — Accusé non représenté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2003), 12 Alta. L.R. (4th) 211, 320 A.R. 172, 288 W.A.C. 172, 172 C.C.C. (3d) 285, 9 C.R. (6th) 57, [2003] 5 W.W.R. 623, [2003] A.J. No. 14 (QL), 2003 ABCA 4, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de tentative de meurtre et d'infractions relatives aux armes. Pourvoi rejeté.

Kevin E. Moore, pour l'appelant.

David C. Marriott, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Il n'est pas nécessaire de vous entendre, M^e Marriott. Nous sommes tous d'avis que l'appel doit être rejeté. À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta, nous croyons que le procès de l'accusé a été équitable. L'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Kevin E. Moore Law Office, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Alberta Justice, Edmonton.

Imperial Oil Ltd. *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec for and on behalf of the Minister of the Environment, André Boisclair (formerly Paul Bégin) *Respondent*

and

Administrative Tribunal of Québec, City of Lévis, Ginette Tanguay, Marc Turgeon, Lucie Munger, Nicolas Pelletier, Christine Duhaime, Succession of Claude Maheux, Christine Bédard, Nancy Kidd, André Martin, Jacques Desmeules, Claude Nadeau, Brigitte Michaud, Lucien Bélanger, Carole Roseberry, Reynald Landry, Bernard Côté, Groupe B. Côté, Caisse populaire Desjardins of Saint-David, Les Entreprises Michel Verret inc., André Blais, Sylvie Bourget, Céline Couture, Jacques Marquis, Normand Rodrigue, Chantale Jean, Jean-Marc Bergeron, Jocelyne Giasson, Lini Fortin, Martine Ringuet, Marielle Vallières, Gilbert Caron, Rita Nolin, Renée-Claude Gagné, Danny Gracez and Corporation Adélaïde Capitale inc. *Mis en cause*

and

Attorney General of Ontario and Friends of the Earth *Intervenors*

INDEXED AS: IMPERIAL OIL LTD. v. QUEBEC (MINISTER OF THE ENVIRONMENT)

Neutral citation: 2003 SCC 58.

File No.: 28835.

2003: February 14; 2003 : October 30.

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

Compagnie pétrolière Impériale ltée *Appelante*

c.

Procureur général du Québec pour et au nom du ministre de l'Environnement, André Boisclair (anciennement Paul Bégin) *Intimé*

et

Tribunal administratif du Québec, Ville de Lévis, Ginette Tanguay, Marc Turgeon, Lucie Munger, Nicolas Pelletier, Christine Duhaime, Succession de Claude Maheux, Christine Bédard, Nancy Kidd, André Martin, Jacques Desmeules, Claude Nadeau, Brigitte Michaud, Lucien Bélanger, Carole Roseberry, Reynald Landry, Bernard Côté, Groupe B. Côté, Caisse populaire Desjardins de Saint-David, Les Entreprises Michel Verret inc., André Blais, Sylvie Bourget, Céline Couture, Jacques Marquis, Normand Rodrigue, Chantale Jean, Jean-Marc Bergeron, Jocelyne Giasson, Lini Fortin, Martine Ringuet, Marielle Vallières, Gilbert Caron, Rita Nolin, Renée-Claude Gagné, Danny Gracez et Corporation Adélaïde Capitale inc. *Mis en cause*

et

Procureur général de l'Ontario et Ami(e)s de la Terre *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE c. QUÉBEC (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT)

Référence neutre : 2003 CSC 58.

N^o du greffe : 28835.

2003 : 14 février; 2003 : 30 octobre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Discretion — Procedural fairness — Duty of impartiality — Conflict of interest — Minister of the Environment issuing characterization order against former owner of land polluted by hydrocarbons when he was himself sued for damages by present owners of land — Whether Minister fulfilled his duty of impartiality in issuing characterization order — Environment Quality Act, R.S.Q., c. Q-2, s. 31.42.

Environmental law — Decontamination and restoration — Characterization of land — Order of Minister — Nature of functions and powers assigned to Minister in connection with administration of Environment Quality Act — Content of rules of procedural fairness relevant to performance of Minister's functions — Environment Quality Act, R.S.Q., c. Q-2, s. 31.42.

When contamination caused problems at a site that had been operated by Imperial Oil, Quebec's Minister of the Environment ordered Imperial, pursuant to s. 31.42 of the *Environment Quality Act* ("EQA"), to prepare at its own expense a site characterization study which would also include appropriate decontamination measures and submit it to the Ministère. Imperial declined to do the study and asked the Administrative Tribunal of Québec to quash the Minister's order. It argued, *inter alia*, that there had been a violation of the rules of procedural fairness that applied to the Minister's decision since the Minister was in a conflict of interest because he had been involved in the earlier decontamination work and was now being sued concerning the contamination of the site by the present owners of the land. The Tribunal dismissed the appeal, but the Superior Court allowed the application for judicial review. It concluded that the Minister's order should be set aside because the Tribunal had adopted an unreasonable interpretation of s. 31.42 *EQA*, but also because the Minister was in a conflict of interest. The Minister therefore did not have the appearance of impartiality required by the rules of procedural fairness. The Quebec Court of Appeal set aside this decision and affirmed the Minister's order.

Held: The appeal should be dismissed.

The Minister had the authority to issue the kind of order at stake in the present case under the *EQA*. Section 31.42, which sets out what is called the polluter-pay principle, allows for the use of a broad discretion by

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Pouvoir discrétionnaire — Équité procédurale — Obligation d'impartialité — Conflit d'intérêts — Ministre de l'Environnement rendant une ordonnance de caractérisation contre l'ancien propriétaire de terrains pollués par des hydrocarbures alors qu'il est lui-même poursuivi en dommages-intérêts par les propriétaires actuels des terrains — Le ministre a-t-il respecté son obligation d'impartialité en rendant l'ordonnance de caractérisation? — Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., ch. Q-2, art. 31.42.

Droit de l'environnement — Décontamination et restauration — Caractérisation des terrains — Ordonnance du ministre — Nature des fonctions et des pouvoirs confiés au ministre dans l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement — Contenu des normes d'équité procédurale pertinentes à l'exécution des fonctions du ministre — Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., ch. Q-2, art. 31.42.

À la suite de problèmes de contamination d'un site qu'avait exploité la Compagnie pétrolière Impériale, le ministre de l'Environnement du Québec lui ordonne, conformément à l'art. 31.42 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* («*LQE*»), de préparer à ses frais et de remettre au ministère une étude de caractérisation des lieux et des mesures de décontamination appropriées. Impériale refuse d'exécuter l'étude et demande au Tribunal administratif du Québec d'annuler l'ordonnance du ministre. Elle invoque, entre autres, une violation des règles d'équité procédurale applicables à la décision du ministre, ce dernier se trouvant en conflit d'intérêts puisqu'il est intervenu dans les travaux antérieurs de décontamination et qu'il est maintenant poursuivi au sujet de la contamination du site par les propriétaires actuels des terrains. Le Tribunal rejette l'appel, mais la Cour supérieure fait droit à la demande de révision judiciaire. Elle conclut que l'ordonnance du ministre doit être annulée parce que le Tribunal a adopté une interprétation déraisonnable de l'art. 31.42 *LQE*, mais aussi parce que le ministre se trouvait en situation de conflit d'intérêts. Le ministre ne possédait donc pas l'apparence d'impartialité requise par les règles d'équité procédurale. La Cour d'appel du Québec annule cette décision et confirme l'ordonnance du ministre.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le ministre a pris un type d'ordonnance qu'il pouvait rendre en vertu de la *LQE*. L'article 31.42, qui exprime le principe dit du pollueur-payeur, accorde un large pouvoir discrétionnaire au ministre. Ce dernier peut, en vertu de

the Minister. Under that provision, the Minister may impose an obligation on the parties responsible for the contamination of the environment to conduct the studies required in order to ascertain the nature of the problem identified, to submit a plan for the corrective work and, where applicable, to have that work performed at their own expense. In the application of s. 31.42, the Minister is performing a mainly political role which involves his authority, and his duty, to choose the best course of action, from the standpoint of the public interest, in order to achieve the objectives of the environmental protection legislation. He is not performing an adjudicative function. On the contrary, he is performing his functions of management and application of environmental protection legislation.

Imperial's challenge rests on an erroneous understanding of the Minister's functions and of the nature of the relevant rules of procedural fairness. Having regard to the context, which includes the Minister's functions viewed in their entirety, as well as to the framework within which his power to issue orders is exercised, the concept of impartiality governing the work of the courts does not apply to his decision. The contextual nature of the content of the duty of impartiality, like that of all of the rules of procedural fairness, may vary in order to reflect the context of a decision-maker's activities and the nature of its functions. Here, the Minister certainly had to comply with the procedural fairness obligations set out in the law, such as the requirements that notice be given to interested persons and that reasons for the decision be given. Once those requirements had been met, the principles of procedural fairness that applied to the situation, and that were in fact codified by the *Act respecting Administrative Justice*, required only that he comply with the procedural obligations set out in the law and that he carefully and attentively consider the representations made by the person subject to the law he administered. Moreover, the interests in issue certainly did not amount to a personal interest within the meaning applied to that expression in the case law. The only interests the Minister was representing were the public interest in protecting the environment and the interest of the State, which is responsible for preserving the environment. In the circumstances of this case, it was difficult to separate those interests. In exercising his discretion, the Minister could properly consider a solution that would save some public money. Accordingly, he applied one of the organizing principles of the *EQA*, the polluter-pay principle. There was no conflict of interest such as would warrant judicial intervention, let alone any abuse or misuse of power. The Minister acted within the framework provided by the applicable law and in accordance with that law. There was no need to rely on the theory of overlapping duties or the theory of necessity

cette disposition, imposer aux auteurs d'une contamination de l'environnement l'obligation d'effectuer les études nécessaires pour préciser la nature du problème appréhendé, de présenter un plan de travaux correctifs et, le cas échéant, d'exécuter ces derniers à leurs propres frais. Dans l'application de l'art. 31.42, le ministre remplit un rôle largement politique, qui fait appel à son pouvoir et à son devoir de choisir les meilleures méthodes d'intervention, avec le souci de protéger l'intérêt public, pour atteindre les objectifs de la législation sur la protection de l'environnement. Il ne remplit pas alors une fonction juridictionnelle. Au contraire, il exécute ses fonctions d'administration et d'application de la législation sur la protection de l'environnement.

La contestation d'Impériale repose sur une conception erronée des fonctions du ministre et de la nature des normes d'équité procédurale pertinentes. Compte tenu du contexte de l'ensemble des fonctions du ministre comme du cadre de la mise en œuvre de son pouvoir d'ordonnance, la notion d'impartialité rattachée à l'action des tribunaux de l'ordre judiciaire ne s'applique pas à sa décision. Le contenu de l'obligation d'impartialité, tout comme celui de l'ensemble des règles d'équité procédurale, est susceptible de varier pour s'adapter au contexte de l'activité d'un décideur administratif et à la nature de ses fonctions. Dans la présente affaire, le ministre devait certes se conformer aux obligations d'équité procédurale prévues par la loi, comme les avis aux intéressés et la motivation de la décision. Cela fait, les principes d'équité procédurale pertinents à la situation, codifiés d'ailleurs par la *Loi sur la justice administrative*, exigeaient seulement qu'il exécute les obligations procédurales prévues par la loi et qu'il considère avec soin et attention les observations de l'administré. Par ailleurs, les intérêts en cause ne correspondaient sûrement pas à un intérêt personnel au sens de la jurisprudence. Les seuls intérêts que défendait le ministre étaient l'intérêt public dans la protection de l'environnement et celui de l'État, chargé de préserver celui-ci. Dans le contexte de cette affaire, ces intérêts se dissociaient difficilement. Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le ministre pouvait légitimement prendre en compte une solution qui se révélait moins dispendieuse pour le trésor public. Ce faisant, il mettait en application un des principes organisateurs de la *LQE*, celui du pollueur-payeur. Il n'existait pas de situation de conflit d'intérêts donnant ouverture à une intervention judiciaire, encore moins d'abus ou de détournement de pouvoir. Le ministre agissait dans le cadre prévu par le droit applicable et conformément à celui-ci. Il n'est utile d'invoquer ni la théorie du chevauchement des fonctions ni celle de la nécessité, car aucun moyen ne donnait ouverture à des procédures

since there was no ground on which proceedings to review the decision of the Administrative Tribunal of Québec dismissing the appeal from the Minister's decision were available.

Cases Cited

Applied: *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; **referred to:** *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Administrative Justice, R.S.Q., c. J-3, ss. 2, 5, 15, 137.
Arctic Waters Pollution Prevention Act, R.S.C. 1985, c. A-12, ss. 6, 7.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Canadian Environmental Protection Act, 1999, S.C. 1999, c. 33.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 23.
Contaminated Sites Remediation Act, S.M. 1996, c. 40, ss. 1(1)(c)(i), 9(1), 15(1), 17(1), 21(a).
Crown Forest Sustainability Act, 1994, S.O. 1994, c. 25, s. 56(1).
Environment Act, S.N.S. 1994-95, c. 1, ss. 2(c), 69, 71, 78(2), 88, 89, 90.
Environment Management Act, R.S.B.C. 1996, c. 118, s. 6(3).
Environment Quality Act, R.S.Q., c. Q-2, ss. 2(c), 19.1, 19.2, 19.3, 22, 25, 27, 31.11, 31.42 [ad. 1990, c. 26, s. 4; am. 1997, c. 43, s. 518], 31.43, 31.44 [ad. 1990, c. 26, s. 4; am. 1997, c. 43, s. 520], 96 [am. 1999, c. 75, s. 32], 106 to 115, 113, 115.1 [am. 1984, c. 29, s. 21].
Environmental Management and Protection Act, 2002, S.S. 2002, c. E-10.21, ss. 7, 9, 12, 14, 15, 46.

en révision de la décision du Tribunal administratif du Québec, rejetant l'appel de la décision du ministre.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; **arrêts mentionnés :** *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23.
Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Doc. NU A/Conf. 151/5/Rev. 1 (1992).
Environment Act, S.N.S. 1994-95, ch. 1, art. 2c), 69, 71, 78(2), 88, 89, 90.
Environment Management Act, R.S.B.C. 1996, ch. 118, art. 6(3).
Environmental Management and Protection Act, 2002, S.S. 2002, ch. E-10.21, art. 7, 9, 12, 14, 15, 46.
Environmental Protection Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-9, art. 7, 7.1, 21.
Environmental Protection Act, S.N.L. 2002, ch. E-14.2, art. 8(1), 9, 28, 29, Part XIII.
Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, ch. E-12, art. 2(i), 112, 113(1), 114(1), 116.
Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), L.C. 1999, ch. 33.
Loi de 1994 sur la durabilité des forêts de la Couronne, L.O. 1994, ch. 25, art. 56(1).
Loi sur l'assainissement des lieux contaminés, L.M. 1996, ch. 40, art. 1(1)(c)(i), 9(1), 15(1), 17(1), 21a).
Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3, art. 2, 5, 15, 137.

Environmental Protection Act, R.S.N.W.T. 1988, c. E-7, ss. 4(2), 5.1, 6, 7, 16.
Environmental Protection Act, R.S.O. 1990, c. E.19, ss. 7, 8, 43, 93, 97, 99, 150, 190(1).
Environmental Protection Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-9, ss. 7, 7.1, 21.
Environmental Protection Act, S.N.L. 2002, c. E-14.2, ss. 8(1), 9, 28, 29, Part XIII.
Environmental Protection and Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. E-12, ss. 2(i), 112, 113(1), 114(1), 116.
Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14, s. 42.
Ontario Water Resources Act, R.S.O. 1990, c. O.40, ss. 16.1 [ad. 1998, c. 35, s. 49], 32, 84, 91.
Pesticides Act, R.S.O. 1990, c. P.11, ss. 29, 30.
Rio Declaration on Environment and Development, UN Doc. A/Conf. 151/5/Rev. 1 (1992).
Waste Management Act, R.S.B.C. 1996, c. 482, ss. 26.5(1), 27(1), 27.1, 28.2, 28.5.

Authors Cited

Daigneault, Robert. "La portée de la nouvelle loi dite 'du pollueur-payeur'" (1991), 36 *McGill L.J.* 1027.
 Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, *Le contentieux*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1996.
 Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [2001] R.J.Q. 1732, [2001] Q.J. No. 3541 (QL), reversing a decision of the Superior Court, J.E. 2000-442, that had set aside a decision of the Administrative Tribunal of Québec, [1999] T.A.Q. 1256. Appeal dismissed.

Pierre Legault and Olivier Therrien, for the appellant.

Claude Bouchard, Dominique Rousseau and Anne-Marie Brunet, for the respondent.

Jacques Lemieux, for the mis en cause the Administrative Tribunal of Québec.

Michel Laliberté, for the mis en cause the City of Lévis.

Jack D. Coop, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Jerry V. DeMarco, Robert V. Wright and Lynda M. Collins*, for the intervener Friends of the Earth.

Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques, L.R.C. 1985, ch. A-12, art. 6, 7.
Loi sur la protection de l'environnement, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 7, 8, 43, 93, 97, 99, 150, 190(1).
Loi sur la protection de l'environnement, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-7, art. 4(2), 5.1, 6, 7, 16.
Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., ch. Q-2, art. 2c), 19.1, 19.2, 19.3, 22, 25, 27, 31.11, 31.42 [aj. 1990, ch. 26, art. 4; mod. 1997, ch. 43, art. 518], 31.43, 31.44 [aj. 1990, ch. 26, art. 4; mod. 1997, ch. 43, art. 520], 96 [mod. 1999, ch. 75, art. 32], 106 à 115, 113, 115.1 [mod. 1984, ch. 29, art. 21].
Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 42.
Loi sur les pesticides, L.R.O. 1990, ch. P.11, art. 29, 30.
Loi sur les ressources en eau de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. O.40, art. 16.1 [aj. 1998, ch. 35, art. 49], 32, 84, 91.
Waste Management Act, R.S.B.C. 1996, ch. 482, art. 26.5(1), 27(1), 27.1, 28.2, 28.5.

Doctrine citée

Daigneault, Robert. « La portée de la nouvelle loi dite "du pollueur-payeur" » (1991), 36 *R.D. McGill* 1027.
 Garant, Patrice. *Droit administratif*, vol. 2, *Le contentieux*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1996.
 Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [2001] R.J.Q. 1732, [2001] J.Q. n° 3541 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour supérieure, J.E. 2000-442, qui avait annulé une décision du Tribunal administratif du Québec, [1999] T.A.Q. 1256. Pourvoi rejeté.

Pierre Legault et Olivier Therrien, pour l'appellante.

Claude Bouchard, Dominique Rousseau et Anne-Marie Brunet, pour l'intimé.

Jacques Lemieux, pour le mis en cause le Tribunal administratif du Québec.

Michel Laliberté, pour la mise en cause Ville de Lévis.

Jack D. Coop, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Jerry V. DeMarco, Robert V. Wright et Lynda M. Collins*, pour l'intervenant les Ami(e)s de la Terre.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

This environmental law case arises out of the application of the polluter-pay statutory principle that has now been incorporated into the environmental legislation of Quebec. When contamination caused problems at a site that had been operated by the appellant, Imperial Oil Limited (“Imperial”), Quebec’s Minister of the Environment (the “Minister”) ordered Imperial to prepare at its own expense a site characterization study which would also include appropriate decontamination measures and submit it to the Ministère. Imperial challenged that order before the Administrative Tribunal of Québec (“ATQ”), without success. The Superior Court allowed Imperial’s application for judicial review because the Tribunal had committed what were, in the Court’s opinion, unreasonable errors in interpreting the relevant legislation. In addition, the Court held that a situation of conflict of interest in which the Minister found himself at the time the order was issued would have invalidated the order in any event. Because the Minister had been involved in supervising earlier decontamination work at the site and a number of purchasers of parts of the site had brought action against the Minister in civil liability, he did not have the appearance of impartiality required by the rules of procedural fairness applicable to his decision. The Quebec Court of Appeal set that judgment aside. In the opinion of that Court, the nature of the duties imposed on the Minister created a state of necessity which justified a situation that would otherwise have breached the principle of impartial administrative decision-making. The appeal decision also held that the ATQ had not unreasonably interpreted the *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2 (“EQA”).

This appeal again raised a number of the legal issues that had previously been considered by the Quebec Court of Appeal and the Superior Court in this case. For reasons differing in part from those of the Court of Appeal, I would dismiss this appeal.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

Cette affaire de droit de l’environnement résulte de l’application du principe législatif du pollueur-payeur que consacre maintenant la législation environnementale québécoise. À la suite de problèmes de contamination d’un site qu’avait exploité l’appelante, la Compagnie pétrolière Impériale limitée (« Impériale »), le ministre de l’Environnement du Québec (le « ministre ») lui ordonna de préparer à ses frais et de remettre au ministère une étude de caractérisation des lieux et des mesures de décontamination appropriées. Impériale attaqua en vain cette ordonnance devant le Tribunal administratif du Québec (« TAQ »). La Cour supérieure fit droit à sa demande de révision judiciaire à cause des erreurs déraisonnables commises, à son avis, par le Tribunal dans l’interprétation de la législation pertinente. Par ailleurs, la situation de conflit d’intérêts dans laquelle se serait trouvé le ministre au moment de la prise de l’ordonnance aurait invalidé celle-ci de toute façon. En effet, impliqué dans la surveillance de travaux antérieurs de décontamination du site, poursuivi en responsabilité civile par certains acquéreurs de parties de celui-ci, le ministre ne possédait pas l’apparence d’impartialité requise par les règles d’équité procédurale applicables à sa décision. La Cour d’appel du Québec infirma ce jugement. À son avis, l’état de nécessité dans lequel la nature de ses fonctions plaçait le ministre, justifiait une situation qui aurait autrement violé le principe d’impartialité du décideur administratif. De plus, l’arrêt d’appel conclut que le TAQ n’avait pas interprété déraisonnablement la *Loi sur la qualité de l’environnement*, L.R.Q., ch. Q-2 (« LQE »).

Le pourvoi a remis en discussion plusieurs des problèmes juridiques étudiés précédemment par la Cour d’appel et la Cour supérieure du Québec dans ce dossier. Pour des motifs qui diffèrent en partie de ceux de la Cour d’appel, je suggère de rejeter

The Minister had the authority to issue the kind of order at stake in the present case under the *EQA*. Accordingly, by reason of the nature of the duties assigned to the Minister by the *EQA*, he did not violate any of the rules of procedural fairness that applied to the execution of his power to issue orders. The concept of impartiality was raised, interpreted and applied incorrectly in this case.

II. Origin of the Case

3 As in many environmental law cases, the roots of the problem in issue go back a very long time, in this case to, or almost to, the beginning of the 20th century. In about 1920, Imperial built a petroleum products depot on land it had acquired on the south shore of the St. Lawrence River in Lévis, opposite Québec. Imperial continued to operate the depot until 1973. In 1979, it sold the buildings. The purchaser demolished the petroleum processing facilities, and in 1987 sold the site on to a real estate developer, Les Habitations de la Marina Inc. (“Marina”), which planned to build a residential complex on it.

4 The environmental problems became apparent at that time. Test borings of the soil showed the presence of hydrocarbons. The discovery of these contaminants might have become a bar to the issuing of building permits. Marina then commissioned soil characterization studies. The experts it consulted confirmed the presence of contaminants and suggested two decontamination methods to solve the problem. They also recommended that the Ministère de l’Environnement et de la Faune of Quebec be consulted in order to obtain its advice about the measures being considered. The Ministère required further studies, which Marina obtained and submitted. The Ministère then approved the decontamination methods to be used so that housing could be built on the former oil depot site. No contact was made with Imperial during that period. The Ministère’s requirements included that the decontamination work be supervised by an independent consultant. The developer did not hire the consultant, but had the decontamination work executed in accordance with the recommendations of the Ministère. When it was over, the Ministère

cet appel. En effet, le ministre a pris un type d’ordonnance qu’il pouvait rendre en vertu de la *LQE*. Ce faisant, en raison du rôle que lui attribue cette loi, il n’a violé aucune des règles d’équité procédurale applicables à l’exécution de son pouvoir d’ordonnance. Le concept d’impartialité a été invoqué, interprété et appliqué erronément en l’espèce.

II. L’origine du litige

Comme dans bien des affaires de droit de l’environnement, les origines du problème en cause remontent fort loin en arrière, dans ce cas au début ou presque du 20^e siècle. Vers 1920, Impériale installe un dépôt de produits pétroliers sur des terrains qu’elle a acquis sur la rive sud du fleuve Saint-Laurent, à Lévis, en face de Québec. Elle en continue l’exploitation jusqu’en 1973. En 1979, elle vend ces immeubles. L’acquéreur démolit les installations pétrolières, puis revend le site en 1987 à un promoteur immobilier, Les Habitations de la Marina inc. (« Marina »), qui entend y réaliser la construction d’un ensemble d’immeubles résidentiels.

Les problèmes environnementaux apparaissent alors. Des sondages de reconnaissance des sols révèlent la présence d’hydrocarbures. La découverte de ces contaminants peut empêcher la délivrance des permis de construction. Marina fait alors exécuter des études de caractérisation des sols. Les experts consultés confirment la présence de contaminants et suggèrent deux méthodes de décontamination pour régler ce problème. Ils recommandent aussi de consulter le ministère de l’Environnement et de la Faune du Québec pour obtenir son avis sur les mesures envisagées. Le ministère exige des études additionnelles que Marina obtient et lui transmet. Le ministère approuve alors des méthodes de décontamination, afin de permettre la construction d’habitations sur l’ancien site du dépôt pétrolier. Aucun contact n’est pris avec Impériale durant cette période. Selon les exigences du ministère, les travaux de décontamination doivent être exécutés sous la surveillance d’un consultant indépendant. Le promoteur n’engage pas celui-ci, mais fait exécuter les travaux de décontamination selon les recommandations du ministère. À la fin de ces travaux, le ministère

issued a certificate of authorization. Streets were laid out, and a number of houses were built.

In 1994, the pollution problem on the site resurfaced. The owners of some of the properties again noticed signs that hydrocarbons were present in the soil, and became concerned. New characterization studies were done and confirmed their fears. Because of the oil and the concentrations of mineral grease detected, the land could not be used for residential purposes. Owners of contaminated lots filed three actions in court against the vendor who had sold them the property and against the City of Lévis, which had issued the building permits. The Ministère was also joined as a party. It was alleged, *inter alia*, that it had been negligent in supervising and approving the decontamination work. Notices of intended proceedings were served in other cases. The matter became increasingly politicized. The City of Lévis began to look for a solution that would satisfy the owners involved and the public.

To that end, the City of Lévis initiated discussions with the Ministère, which considered a variety of solutions. On March 12, 1998, after further studies and lengthy consultations, the Minister decided to issue an order under s. 31.42 *EQA*. This order required Imperial, as the former owner and operator of the site, to have a soil characterization study done by an independent expert, at its own expense, and to submit the report no later than June 30, 1998. The study had to include a detailed examination of the condition of the soil, an assessment of the level of soil contamination and recommendations as to what action should be taken upon receipt of the report. The order, called a characterization order, did not direct that the work be done at that stage in the proceedings initiated by the Ministère.

Imperial declined to do the characterization study. It exercised the right of appeal provided for by s. 96 *EQA*. It asked the Tribunal to quash the Minister's order. After the dismissal of its appeal by the Tribunal, it initiated the judicial review proceedings which are now the subject of the appeal to this Court. In order to precisely identify the legal issue

délivre un certificat d'autorisation. Des rues sont aménagées, et plusieurs maisons sont construites.

En 1994, le problème de la pollution du site refait surface. Les propriétaires de certains immeubles constatent à nouveau des manifestations de la présence d'hydrocarbures dans les sols et s'en inquiètent. De nouvelles études de caractérisation confirment leurs appréhensions. La présence d'huile et les concentrations décelées de graisses minérales ne permettaient pas l'usage des terrains à des fins résidentielles. En conséquence, trois poursuites judiciaires sont engagées par des propriétaires de terrains contaminés contre leur vendeur et la ville de Lévis, qui a délivré les permis de construction. Le ministère se retrouve aussi mis en cause. On lui reproche notamment sa négligence lors de la surveillance et de l'approbation des travaux de décontamination. Des mises en demeure sont transmises dans d'autres dossiers. L'affaire s'amplifie politiquement. La ville de Lévis recherche alors une solution qui satisfasse les propriétaires en cause et sa population.

Dans ce but, la ville de Lévis entame des discussions avec le ministère. Celui-ci examine des solutions diverses. Après des études additionnelles et des consultations prolongées, le 12 mars 1998, le ministre décide de prendre une ordonnance en vertu de l'art. 31.42 *LQE* demandant à Impériale, en sa qualité d'ancien propriétaire et exploitant du site, de faire exécuter, à ses propres frais, une étude dite de caractérisation des sols par un expert indépendant et de remettre le rapport requis au plus tard le 30 juin 1998. Cette étude devait inclure un examen détaillé de l'état des sols, une évaluation du degré de contamination de ceux-ci, ainsi que des recommandations sur les suites à donner au rapport. L'ordonnance dite de caractérisation ne prescrivait pas l'exécution des travaux à cette étape des procédures entamées par le ministère.

Impériale refuse d'exécuter l'étude de caractérisation. Elle exerce le droit d'appel prévu par l'art. 96 *LQE*. Elle demande au Tribunal d'annuler l'ordonnance du ministre. Son échec devant celui-ci conduit aux procédures de révision judiciaire qui font maintenant l'objet du pourvoi examiné par notre Cour. Pour identifier exactement la question

5

6

7

on which the outcome of this appeal turns, we must carefully examine the judicial history of this case and the reasons stated first by the Administrative Tribunal and then by the Superior Court and the Court of Appeal.

III. Judicial History

A. *Administrative Tribunal of Québec*, [1999] T.A.Q. 1256

8 Imperial's argument before the Administrative Tribunal was, first, that there had been a violation of the rules of procedural fairness that applied to the Minister's decision. The Minister was in a conflict of interest, because he had been involved in the decontamination work done in 1988 and 1989. Accordingly, it was impossible for him to act impartially, in accordance with the principles of natural justice. Its second argument was that the facts of the case did not support a characterization order, and that in any event the order could not have been made against Imperial, which argued that it had used its site in accordance with then acceptable standards for industrial land, during the time it operated its depot.

9 The decision of the Administrative Tribunal rejected all of the appellant's arguments. The Tribunal found, first, that the complaints regarding the violation of the rules of procedural equity were without merit. In its opinion, the notices required had been given before the order was issued. Imperial had had an opportunity to present observations to the Minister. Moreover, in the Tribunal's opinion, the legislation created overlapping functions that were an exception to the rule of impartiality. The overlap reflects the exigencies of the enforcement of environmental legislation. The order, which was limited to the characterization study, was also not an unreasonable exercise of the Minister's powers. The argument concerning the requirements that had to be met before issuing the order was also rejected after a review of the evidence. On that point, the Tribunal decided that such orders may be made against a party who is no longer the owner of a site, if it may have been responsible for pollution discovered on the site, after the transfer or abandonment, in accordance with ss. 31.42 and 31.43 *EQA*. In the

juridique essentielle pour l'issue de cet appel, il importe d'examiner attentivement l'historique judiciaire de cette affaire et les motifs retenus successivement par le Tribunal administratif, la Cour supérieure et la Cour d'appel.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal administratif du Québec*, [1999] T.A.Q. 1256

Devant le Tribunal administratif, Impériale invoque d'abord une violation des règles d'équité procédurale applicables à la décision du ministre. Le ministre se trouvait en conflit d'intérêts puisqu'il était intervenu dans les travaux de décontamination exécutés en 1988 et 1989. En conséquence, il lui était impossible d'agir impartialement, selon les exigences des normes de justice naturelle. De plus, les faits de l'affaire ne donnaient pas ouverture à une ordonnance de caractérisation et cette dernière ne pouvait de toute façon viser Impériale. Celle-ci aurait utilisé son site conformément aux normes alors acceptables pour des terrains industriels, durant la période d'exploitation de son dépôt.

La décision du Tribunal administratif rejette tous les moyens de l'appelante. Le Tribunal juge d'abord sans fondement les griefs relatifs à la violation des règles d'équité procédurale. Selon lui, les avis requis ont été donnés avant la prise de l'ordonnance. Impériale a pu transmettre ses observations au ministre. Par ailleurs, d'après le Tribunal, la législation crée un chevauchement de fonctions qui fait exception à la règle d'impartialité. Ce chevauchement correspond à une nécessité d'application de la législation sur l'environnement. Limitée à l'étude de caractérisation, l'ordonnance ne constitue pas non plus un exercice déraisonnable des pouvoirs du ministre. L'argument relatif à l'absence des conditions préalables à la prise de l'ordonnance est aussi rejeté après examen de la preuve. À ce propos, le Tribunal décide que l'ordonnance peut être rendue contre une partie qui n'est plus propriétaire d'un site, si elle a pu être l'auteur de la pollution qu'on y découvre après l'aliénation ou l'abandon des lieux, suivant les art. 31.42 et 31.43 *LQE*. À son avis, la preuve démontre que les hydrocarbures retrouvés

Tribunal's opinion, the evidence established that the hydrocarbons found in the soil, which had in fact moved beyond the boundaries of the site, came from the operations carried on by Imperial. The Tribunal affirmed the Minister's order for those reasons.

B. *Quebec Superior Court*, J.E. 2000-442

Imperial then moved the dispute to the Superior Court. It filed an application for judicial review and declaratory judgment. Its application asked that the decision of the Administrative Tribunal affirming the Minister's order be reviewed and set aside. In its application, the appellant restated its arguments concerning the failure to meet the requirements governing the issuing of that kind of order, in the context of this case. It also alleged that the Tribunal's decision was unreasonable. Its main argument, however, seems to have related to the legal status of the Minister at the time the order was issued. On that point, it argued that the Tribunal should not have affirmed a decision that the Minister had had no jurisdiction to make, because he was in a conflict of interest and thus did not have the impartiality required to make the decision. The conflict of interest allegedly arose from the proceedings that had previously been brought against the Minister concerning the contamination of the land, and the proceedings he had been threatened with, as well as from his involvement in the decontamination work carried on between 1987 and 1989. Imperial also noted — correctly — that during that period it had received neither a warning that the pollution problem had been discovered or that work had been undertaken to remedy it nor a request that it be involved in that work. It pointed out that the work had complicated the situation and had undoubtedly considerably increased the costs of the characterization studies and of the decontamination and site restoration work that might have to be executed.

Pelletier J. allowed the application for judicial review and set aside the Tribunal's decision and the Minister's order. His judgment held, first, that the Tribunal had adopted an unreasonable interpretation of s. 31.42 *EQA* when it concluded that the characterization order imposed only reasonable

dans le sol, qui ont d'ailleurs migré au-delà des limites du site, proviennent de l'activité d'Impériale. Le Tribunal confirme l'ordonnance du ministre pour ces motifs.

B. *Cour supérieure du Québec*, J.E. 2000-442

Impériale porte alors l'affaire devant la Cour supérieure. Elle dépose une requête pour révision judiciaire et jugement déclaratoire. Par cette procédure, elle demande la révision et l'annulation de la décision du Tribunal administratif qui a confirmé l'ordonnance du ministre. L'appelante reprend alors ses moyens relatifs à l'absence des conditions d'ouverture à ce type d'ordonnance dans le contexte de cette affaire. Elle plaide aussi le caractère déraisonnable de la décision du Tribunal. Son argument principal semble toutefois viser la situation juridique du ministre lors de la prise de l'ordonnance. À ce sujet, elle reproche au Tribunal d'avoir confirmé une décision rendue sans compétence par le ministre. En effet, celui-ci se serait trouvé dans une situation de conflit d'intérêts qui l'aurait privé de l'impartialité requise pour rendre cette décision. Ce conflit résulterait des poursuites déjà engagées contre le ministre au sujet de la contamination des terrains comme de celles dont il était menacé et de son implication dans les travaux de décontamination exécutés de 1987 à 1989. Impériale souligne d'ailleurs — ce qui est exact — qu'elle n'avait reçu durant cette période ni avertissement de la découverte du problème de pollution ou des travaux entrepris pour y remédier, ni demande de s'y impliquer. Elle rappelle que ces travaux ont compliqué la situation et sans doute accru considérablement les coûts des études de caractérisation et des mesures éventuelles de décontamination et de restauration du site.

Le juge Pelletier accueille la demande de révision judiciaire et annule la décision du Tribunal et l'ordonnance du ministre. D'abord, son jugement conclut que le Tribunal a adopté une interprétation déraisonnable de l'art. 31.42 *LQE*, en concluant que l'ordonnance de caractérisation n'imposerait que

costs on Imperial. The Superior Court seems to have thought, in this case, that the characterization order necessarily involved an order to perform decontamination or restoration, and that the two steps could not be separated. Pelletier J. therefore found that the Tribunal had greatly underestimated the extent of the obligations imposed by the order, and that the seriousness of that error vitiated the Tribunal's entire analysis of the evidence and the findings it made on the basis of that analysis. The judge also accepted the conflict of interest argument. His judgment explains that the Minister was in a flagrant conflict of interest, because of his involvement in the decontamination of the site and the proceedings brought against him. His interest in the ultimate outcome of the case, which the judge characterized as "personal", prevented him from acting with the necessary impartiality. The order was therefore also vitiated by this fundamental defect. This meant that a problem of bias on the part of the decision-maker had arisen. This problem could not be solved through the doctrine of built-in bias, which restricts the scope of the duty of impartiality because of the nature of the management and decision-making structures that govern the discharge of the duties by the Minister.

C. *Quebec Court of Appeal*, [2001] R.J.Q. 1732

12

On appeal by the Minister, the Court of Appeal set aside the judgment of the Superior Court and dismissed the application for judicial review for the reasons stated in the opinion of Thibault J.A. She found, first, that the Superior Court had erred in concluding that the *EQA* did not permit the Minister to issue orders concerning the characterization studies and the restoration and decontamination work in two separate steps. She then held that the financial consequences of the order were not a relevant criterion at the time it was issued. On that point, therefore, the judgment rejected the argument that the interpretation of the Act had been unreasonable.

13

The opinion of Thibault J.A. dealt primarily with the procedural fairness problem, particularly as it related to the Minister's bias and conflict of interest. In her opinion, although the Minister was

des coûts raisonnables à Impériale. La Cour supérieure semble penser ici que l'ordonnance de caractérisation comporte nécessairement un ordre d'exécuter des travaux et que ces deux étapes ne peuvent se dissocier. Le juge Pelletier conclut ainsi que le Tribunal a fortement sous-estimé la portée des obligations que l'ordonnance imposait. Cette erreur, par sa gravité, aurait vicié toute l'analyse de la preuve effectuée par le Tribunal et les conclusions qu'il en a tirées. Le juge retient aussi le moyen du conflit d'intérêts. Son jugement expose que le ministre se trouvait placé dans un conflit flagrant, en raison de sa participation à la décontamination du site et des procédures engagées contre lui. Son intérêt dans le sort éventuel de cette affaire, que le juge qualifie alors de « personnel », l'empêcherait d'agir avec l'impartialité nécessaire. Ainsi, la nullité de l'ordonnance découlerait également de ce vice fondamental. On se trouverait donc devant un problème de partialité du décideur, que ne saurait régler le recours à la théorie du « *built-in bias* », en vertu de laquelle des limites seraient apportées à l'obligation d'impartialité en raison de la nature des structures de gestion et de décision encadrant les interventions du ministre.

C. *Cour d'appel du Québec*, [2001] R.J.Q. 1732

Saisie du pourvoi du ministre, la Cour d'appel infirme le jugement de la Cour supérieure et rejette la demande de révision judiciaire pour des motifs exposés dans l'opinion de la juge Thibault. Celle-ci considère d'abord que la Cour supérieure a conclu à tort que la *LQE* ne permettait pas au ministre de rendre, en deux étapes distinctes, des ordonnances relatives aux études de caractérisation puis aux travaux de restauration et de décontamination. Ensuite, elle estime que les conséquences financières de l'ordonnance ne constituent pas un critère pertinent au moment de sa délivrance. Sur ce point, l'arrêt écarte donc l'argument du caractère déraisonnable de l'interprétation de la loi.

L'opinion de la juge Thibault porte principalement sur le problème de l'équité procédurale, particulièrement quant à la partialité du ministre et à sa situation de conflit d'intérêts. À son avis, bien

exercising a discretionary administrative power, he was nonetheless bound to act impartially. She conceded that there was an appearance of bias, because of the Minister's financial interest. However, to avoid quashing the impugned decision, she then relied upon the concept of necessity: the Minister alone may perform the functions and exercise the powers provided for by the Act to ensure that the obligations that the legislation imposes on the polluter are met, in order to protect the environment in Quebec. The acknowledgement of a state of necessity justified an exception to the principle of impartiality applied to administrative decision-makers. The Minister's alleged inability to act resulted from the duties imposed on him by law, and not from his voluntary act. Thibault J.A. also did not think that it was necessary to examine the arguments made by Imperial concerning the constitutionality of the Administrative Tribunal of Québec, as she believed it to be of no practical consequence in this case. Imperial's application for judicial review was therefore dismissed in its entirety by the Quebec Court of Appeal. That judgment is the subject of the appeal for which leave was granted to this Court.

IV. Relevant Statutory Provisions

Environment Quality Act, R.S.Q., c. Q-2

31.42. Where the Minister believes on reasonable grounds that a contaminant is present in the environment in a greater quantity or concentration than that established by regulation under paragraph *a* of section 31.52, he may order whoever had emitted, deposited, released or discharged, even before 22 June 1990, all or some of the contaminant to furnish him with a characterization study, a programme of decontamination or restoration of the environment describing the work proposed for the decontamination or restoration of the environment and a timetable for the execution of the work.

Moreover, where the Minister believes on reasonable grounds that a contaminant prohibited by regulation of the Government is present in the environment or that a contaminant present in the environment is likely to affect the life, health, safety, welfare or comfort of human beings, or to cause damage to or to otherwise impair the quality of the soil, vegetation, wildlife or property,

qu'il ait exercé un pouvoir administratif à caractère discrétionnaire, le ministre devait agir impartialement. Elle concède qu'une apparence de partialité existe, en raison de l'intérêt financier du ministre. Cependant, pour éviter l'annulation de la décision attaquée, elle fait alors appel à la notion de nécessité. En effet, seul le ministre peut exercer les fonctions et les pouvoirs que prévoit la loi, pour assurer l'exécution des obligations que la législation impose au pollueur afin de protéger l'environnement québécois. Cette situation de nécessité justifie la reconnaissance d'une exception au principe d'impartialité du décideur administratif. L'inhabilité reprochée au ministre découlerait des obligations que lui impose la loi et non de son acte volontaire. Enfin, la juge Thibault ne croit pas devoir examiner les moyens soulevés par Impériale au sujet de la constitutionnalité du Tribunal administratif du Québec; les estimant sans conséquence pratique en l'espèce. La demande de révision judiciaire d'Impériale se trouve ainsi totalement rejetée par la Cour d'appel du Québec. C'est à ce jugement que s'attaque le pourvoi autorisé devant notre Cour.

IV. Dispositions législatives pertinentes

Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., ch. Q-2

31.42. Le ministre peut, lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'un contaminant est présent dans l'environnement dans une quantité ou une concentration supérieure à celle établie par règlement adopté en vertu du paragraphe *a* de l'article 31.52, ordonner à quiconque y a émis, déposé, dégagé ou rejeté le contaminant, en tout ou en partie, et ce, même avant le 22 juin 1990, de lui fournir une étude de caractérisation de l'environnement, un programme de décontamination ou de restauration de l'environnement décrivant les travaux visant à décontaminer ou à restaurer l'environnement et un échéancier de la réalisation de ces travaux.

Le ministre peut également, lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'est présent dans l'environnement un contaminant dont la présence y est prohibée par règlement du gouvernement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité

he may issue an order to the same effect to whoever has emitted, deposited, released or discharged, even before 22 June 1990, all or some of the contaminant.

The order shall include a statement of the reasons invoked by the Minister and specify the time within which the documents must be furnished to him. The order takes effect 16 days after its notification or on any later date stated therein.

Within 60 days of receipt of the documents, the Minister may approve the proposed decontamination or restoration work and the timetable for its execution, with or without amendment. Whoever is named in the order as being responsible for the source of contamination shall at the request of the Minister provide him, within the time he fixes, with any information, research findings or study he may need to grant his approval.

Whoever is named in the order as being responsible for the source of contamination shall execute the work in accordance with the timetable, as approved by the Minister.

31.44. At least 15 days before issuing either order, the Minister shall, as prescribed by section 5 of the Act respecting administrative justice (chapter J-3), notify whoever has emitted, deposited, released or discharged the contaminant and, where applicable, the owner of the soil concerned, stating the reasons on which the order is based, the time within which the documents required under section 31.42 must be furnished to him or the work he may order under section 31.43 and the timetable for its execution, the date on which the order, if issued, is to take effect and the fact that observations may be presented by whoever has been notified and, where applicable, by the owner of the soil concerned within the period of time specified in the prior notice as well as the fact that whoever has been notified may, for the purposes of section 31.43, propose work and a timetable for its execution.

The prior notice shall be accompanied with a copy of every analysis, study or other technical report taken into consideration by the Minister.

For the purposes of section 31.43, the Minister may approve, with or without amendment, the work and the timetable for its execution proposed, where that is the case, by whoever is responsible for the source of contamination, upon presenting observations.

du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens, rendre une ordonnance au même effet à l'égard de quiconque y a émis, déposé, dégagé ou rejeté le contaminant, en tout ou en partie, et ce, même avant le 22 juin 1990.

L'ordonnance contient l'énoncé des motifs du ministre et le délai dans lequel doivent lui être fournis les documents. Elle prend effet le seizième jour qui suit celui de sa notification ou à toute date ultérieure que le ministre y indique.

Dans les soixante jours de la réception des documents, le ministre approuve, avec ou sans modification, les travaux de décontamination ou de restauration projetés et l'échéancier de leur réalisation. Le responsable visé dans l'ordonnance doit, à la demande du ministre, lui fournir dans le délai qu'il fixe tout renseignement, toute recherche ou toute étude dont il estime avoir besoin pour accorder son approbation.

Le responsable visé dans l'ordonnance doit alors exécuter ces travaux conformément à l'échéancier, tels qu'ils ont été approuvés.

31.44. Avant de rendre l'une ou l'autre de ces ordonnances, le ministre, en application de l'article 5 de la Loi sur la justice administrative (chapitre J-3), notifie à quiconque a émis, déposé, dégagé ou rejeté le contaminant et, le cas échéant, au propriétaire du sol concerné un avis d'au moins 15 jours mentionnant les motifs qui la *[sic]* justifie, le délai dans lequel les documents exigés en vertu de l'article 31.42 devront lui être fournis ou les travaux qu'il pourra ordonner en vertu de l'article 31.43 et l'échéancier de la réalisation de ceux-ci, la date projetée pour la prise d'effet de l'ordonnance, le cas échéant, ainsi que la possibilité pour celui à qui l'avis est notifié et, le cas échéant, pour le propriétaire du sol concerné de présenter leurs observations dans le délai qu'il y indique et la possibilité pour celui à qui est notifié l'avis, de proposer, aux fins de l'article 31.43, les travaux et l'échéancier de leur réalisation.

Ce préavis est accompagné d'une copie de tout rapport d'analyse ou d'étude ou de tout autre rapport technique dont le ministre a tenu compte.

Aux fins de l'article 31.43, le ministre approuve, avec ou sans modification, les travaux et l'échéancier de leur réalisation, proposés par le responsable, le cas échéant, au moment où il a présenté ses observations.

Upon notifying the prior notice, the Minister shall transmit a copy to the secretary-treasurer or clerk of the municipality where the contaminant has been found.

96. Any order issued by the Minister, except those contemplated in sections 29 and 32.5, in the second paragraph of section 34 and in sections 35, 49.1, 58, 61, 114, 114.1 and 120 may be contested by the municipality or person concerned before the Administrative Tribunal of Québec.

The same applies in all cases where the Minister refuses to grant or revokes an authorization certificate, a certificate, an authorization, an approval other than the approval referred to in the third paragraph of section 31.44, a permission or a permit, refuses to renew a permit, notifies a notice under section 31.46, requires a change in an application made to him, fixes or apportions costs and expenses other than those contemplated in section 32.5 or 35, determines compensation under section 61, notifies a denial of conformity to the proponent of a project, refuses to issue or amends, suspends or revokes a depollution attestation or refuses to amend or to revoke a depollution attestation upon application from the holder thereof.

An operator of an industrial establishment may, where the Minister approves rates with amendments pursuant to section 32.9, contest such decision before the Tribunal.

115.1. The Minister may take all such measures as he may indicate to clean, collect or contain contaminants that are or that are likely to be emitted, deposited, discharged or ejected into the environment or to prevent their being emitted, deposited, discharged or ejected into the environment, where he considers such measures necessary to avert or diminish the risk of damage to public or private property, human beings, wildlife, vegetation or the general environment.

The Minister may claim the direct and indirect costs related to such measures, in the same manner as any debt owing to the Government, from any person or municipality who had custody of or control over the contaminants and from any person or municipality responsible for the emission, deposit, discharge or issuance of the contaminants, as the case may be, whether or not the latter has been prosecuted for infringement of this Act. Liability is joint and several where there are several debtors involved.

Act respecting Administrative Justice, R.S.Q., c. J-3

2. The procedures leading to an individual decision to be made by the Administration, pursuant to norms or standards prescribed by law, in respect of a citizen

Lorsque le ministre notifie le préavis, il en transmet copie au secrétaire-trésorier ou au greffier de la municipalité sur le territoire de laquelle se trouve le contaminant.

96. Toute ordonnance émise par le ministre, à l'exception de celles visées aux articles 29 et 32.5, au deuxième alinéa de l'article 34, aux articles 35, 49.1, 58, 61, 114, 114.1 et 120, peut être contestée par la municipalité ou la personne concernée devant le Tribunal administratif du Québec.

Il en est de même dans tous les cas où le ministre refuse d'accorder ou révoque un certificat d'autorisation, un certificat, une autorisation, une approbation, autre que celle visée au troisième alinéa de l'article 31.44, une permission ou un permis, refuse de renouveler un permis, notifie un avis en vertu de l'article 31.46, exige une modification à une demande qui lui est faite, fixe ou répartit des coûts ou des frais autres que ceux visés aux articles 32.5 ou 35, détermine une indemnité en vertu de l'article 61, notifie une dénégation de conformité à l'initiateur du projet, refuse de délivrer ou modifie, suspend ou révoque une attestation d'assainissement ou refuse de modifier ou de révoquer l'attestation d'assainissement à la demande de son titulaire.

Dans le cas où le ministre approuve des taux avec modification en vertu de l'article 32.9, l'exploitant peut contester cette décision devant le Tribunal.

115.1. Le ministre est autorisé à prendre toutes les mesures qu'il indique pour nettoyer, recueillir ou contenir des contaminants émis, déposés, dégagés ou rejetés dans l'environnement ou susceptibles de l'être ou pour prévenir qu'ils ne soient émis, déposés, dégagés ou rejetés dans l'environnement lorsque, à son avis, ces mesures sont requises pour éviter ou diminuer un risque de dommage à des biens publics ou privés, à l'homme, à la faune, à la végétation ou à l'environnement en général.

Le ministre peut, en la manière de toute dette due au gouvernement, réclamer les frais directs et indirects afférents à ces mesures de toute personne ou municipalité qui avait la garde ou le contrôle de ces contaminants et de toute personne ou municipalité responsable de l'émission, du dépôt, du dégagement ou du rejet des contaminants, selon le cas, que celle-ci ait été ou non poursuivie pour infraction à la présente loi. La responsabilité est solidaire lorsqu'il y a une pluralité de débiteurs.

Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3

2. Les procédures menant à une décision individuelle prise à l'égard d'un administré par l'Administration gouvernementale, en application des normes prescrites

shall be conducted in keeping with the duty to act fairly.

par la loi, sont conduites dans le respect du devoir d'agir équitablement.

15. The Tribunal has the power to decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction.

15. Le Tribunal a le pouvoir de décider toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence.

In the case of the contestation of a decision, the Tribunal may confirm, vary or quash the contested decision and, if appropriate, make the decision which, in its opinion, should have been made initially.

Lorsqu'il s'agit de la contestation d'une décision, il peut confirmer, modifier ou infirmer la décision contestée et, s'il y a lieu, rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu.

137. Each party may plead any ground of law or fact relevant to the determination of his rights and obligations.

137. Toute partie peut présenter tout moyen pertinent de droit ou de fait pour la détermination de ses droits et obligations.

V. Analysis

V. Analyse

A. *The Issues*

A. *L'identification des questions en litige*

15 A clear understanding of the nature of the issues between the parties in this Court is essential in order to avoid getting sidetracked by related problems. We need to go straight to the precise question the answer to which will determine the outcome of this appeal. Prior to that, however, I will summarize the arguments and problems no longer raised by the parties in this Court. The analysis will then focus on the question that really remains at issue in this appeal.

Devant notre Cour, la nature du débat qui oppose maintenant les parties doit être bien comprise. Il faut éviter de s'égarer dans des problèmes connexes. Il importe d'aller droit à la question précise, dont la solution réglera le sort du pourvoi. Il convient toutefois, auparavant, de résumer les moyens et les problèmes que les parties ne soulèvent plus devant notre Cour. Ensuite, l'analyse portera sur la définition du problème qui demeure vraiment en cause dans le présent appel.

16 The Administrative Tribunal, the Superior Court and the Court of Appeal all had to determine whether the Minister had the authority to issue two orders in succession, the first concerning the characterization of the site and the second the performance of the work. They considered the requirements to be met before the characterization order could be issued, and discussed the evidence introduced on that point. None of that remains in issue in this Court.

Le Tribunal administratif, la Cour supérieure, puis la Cour d'appel ont dû déterminer si le ministre pouvait rendre deux ordonnances successives, la première portant sur la caractérisation du site et la seconde sur l'exécution des travaux. On s'est interrogé sur les conditions d'ouverture à la prise de l'ordonnance de caractérisation, on a discuté la preuve présentée à ce sujet. Rien de ceci n'est encore en jeu devant notre Cour.

17 The sole issue now at stake in this appeal is the question of procedural fairness or natural justice in relation to the Minister's decision. It remains, though, an important issue. The appellant submits that there was bias, or at the least an appearance of bias, that completely vitiated the decision to issue a characterization order. That argument is

L'appel ne pose plus qu'une question, certes importante, d'équité procédurale ou de justice naturelle à l'égard de la décision du ministre. L'appelante soulève l'existence d'une situation de partialité ou, à tout le moins, d'apparence de partialité, qui vicierait radicalement la décision de prendre une ordonnance de caractérisation. L'argument repose sur le

based on the premise that the Minister was bound by a duty of impartiality that he could not fulfil because of the existence of a conflict of interest. The conflict, it is submitted, arose both from the involvement of the Ministère in the decontamination operations performed earlier and from the economic consequences of the legal action that had been taken or was being threatened against it. The Quebec Court of Appeal based its reasoning on the same premise, but then sought to restrict its scope of application through the identification of exceptions to the duty of impartiality, such as necessity. We will therefore have to consider the nature and effects of that duty, and the conditions and scope of its application to an administrative decision-maker such as the Minister. If the argument that the Minister must be impartial, as framed by the appellant, is found to be without merit, the legal basis for the entire challenge to the decisions of the Tribunal and the Minister will fall apart. The application for judicial review will then have to be dismissed.

B. The Statutory Framework Created by the Environment Quality Act

Although the appeal heard by the Court raises an administrative law issue in the context of an application for judicial review, the question relates to an environmental protection problem in Quebec. It cannot be resolved without first examining the statutory framework that governs this field in Quebec. The examination of this framework will then make possible the proper identification and definition of the nature of the functions and powers assigned to the Minister, in connection with the administration of environmental legislation. With an accurate understanding of the objectives and operation of that scheme, we will then be better able to ascertain the content of the rules of procedural fairness which are relevant to the performance of the Minister's functions, and to determine whether they were breached when the characterization order was issued (*Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 886, *per* Iacobucci J.).

The Quebec legislation reflects the growing concern on the part of legislatures and of society

postulat voulant que le ministre soit assujéti à une obligation d'impartialité qu'il ne pouvait respecter en raison d'une situation de conflit d'intérêts. Celle-ci résulterait tant de l'implication du ministère dans les opérations de décontamination exécutées antérieurement que des conséquences économiques des poursuites engagées contre lui ou dont il est encore menacé. La Cour d'appel du Québec a fondé son raisonnement sur ce même postulat, en tempérant son contenu par la recherche d'exceptions à l'obligation d'impartialité, comme la nécessité. Il faudra alors s'interroger sur la nature et les effets de cette obligation et sur les conditions et les limites de son application à un décideur administratif tel que le ministre. Si le moyen relatif à l'existence d'une obligation d'impartialité du ministre, dans les termes définis par l'argumentation de l'appelante, s'avère mal fondé, toute la contestation de la décision du Tribunal et du ministre se trouve dépourvue de fondement juridique. Le rejet de la demande de révision judiciaire s'impose alors.

B. Le cadre législatif établi par la Loi sur la qualité de l'environnement

Bien que le pourvoi examiné par la Cour pose un problème de droit administratif dans le cadre d'un recours en révision judiciaire, la question en jeu se rattache à un problème de protection de l'environnement au Québec. Elle ne peut être résolue sans étudier au préalable le cadre législatif qui régit ce domaine au Québec. Cette étude permettra d'identifier et de définir correctement la nature des fonctions et des pouvoirs confiés au ministre dans l'application de la législation environnementale. Une compréhension exacte des objectifs et du fonctionnement de ce régime permettra alors de mieux définir le contenu des normes d'équité procédurale pertinentes à l'exécution des fonctions du ministre et de vérifier si elles ont été respectées lors de la prise de l'ordonnance de caractérisation (*Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 886, le juge Iacobucci).

La législation québécoise reflète la préoccupation croissante du législateur et de la société d'assurer la

about the safeguarding of the environment. That concern does not reflect only the collective desire to protect it in the interests of the people who live and work in it, and exploit its resources, today. It may also be evidence of an emerging sense of inter-generational solidarity and acknowledgement of an environmental debt to humanity and to the world of tomorrow (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, at para. 1, *per L'Heureux-Dubé J.*).

20

The centrepiece of Quebec's environmental legislation is the *Environment Quality Act*, which was originally enacted in 1972. That Act recognizes that every person is entitled to a healthy environment and to the protection of the living species inhabiting it (s. 19.1 *EQA*). To ensure that this right may be effectively exercised, and that the duties created to give effect to it are executed, the Act provides for a variety of mechanisms for taking action. Various schemes are established for authorizing and monitoring activities that could threaten the environment. Others prohibit or restrict the emission of contaminants and impose obligations to decontaminate. There are also sometimes severe penal sanctions for breaches of the Act. The Superior Court is given broad powers of injunction, to prevent or stop any act that might interfere with the fundamental right to the preservation of the quality of the environment (s. 19.2 *EQA*).

21

The Minister of the Environment plays a key role in the administration of the Act and the regulations under it, and in the implementation of the general policy on which they are based. The legislature has delegated substantial and diverse functions and powers to the Minister for such purposes. Broadly speaking, the Minister prepares plans for the conservation and protection of the environment and sees that they are carried out (s. 2(c) *EQA*). The legislature has also assigned the Minister the task of issuing authorizations, depollution certificates and permits required for any activity that might result in the discharge of contaminants into the environment or reduce the quality of the environment (ss. 22 and 31.11 *EQA*). In addition, the Act gives the

préservation de l'environnement. Ce souci ne correspond pas seulement à la volonté collective de le protéger dans l'intérêt de ceux qui, aujourd'hui, y vivent, y travaillent ou en exploitent les ressources. Il témoigne peut-être de la naissance d'un sentiment de solidarité entre les générations et d'une dette environnementale envers l'humanité et le monde de demain (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 1, la juge L'Heureux-Dubé).

La pièce centrale de la législation environnementale québécoise se retrouve dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Adoptée à l'origine en 1972, cette loi reconnaît en effet le droit de toute personne à la qualité de l'environnement et à la sauvegarde des espèces vivantes qui y habitent (art. 19.1 *LQE*). Pour assurer la mise en œuvre de ce droit et l'exécution des obligations créées pour y donner effet, la loi a prévu des mécanismes d'intervention variés. Des régimes divers d'autorisation et de contrôle encadrent les activités susceptibles de menacer l'environnement. D'autres interdisent ou limitent l'émission de contaminants et imposent des obligations de décontamination. Des sanctions pénales parfois sévères punissent les infractions à la loi. Enfin, la Cour supérieure possède un pouvoir d'injonction étendu, pour prévenir ou arrêter tout acte susceptible de mettre en péril le droit fondamental à la préservation de la qualité de l'environnement (art. 19.2 *LQE*).

Le ministre de l'Environnement est appelé à jouer un rôle clé dans l'application de la loi, ainsi que de ses règlements d'application, et dans la mise à exécution des politiques générales qui les inspirent. Le législateur a, en effet, investi le ministre de fonctions et pouvoirs importants et diversifiés à ces fins. En gros, le ministre élabore les plans de conservation et de protection de l'environnement et veille à leur mise en œuvre (al. 2c) *LQE*). Le législateur le charge, de plus, d'accorder les autorisations, attestations d'assainissement et permis requis pour toute activité susceptible d'entraîner le rejet de contaminants dans l'environnement ou de diminuer la qualité de celui-ci (art. 22 et 31.11 *LQE*). La loi attribue aussi au ministre des pouvoirs

Minister broad powers to act in order to prevent harm to the quality of the environment by making various categories of orders prescribing various corrective measures (see, for example, ss. 25 and 27 *EQA*). Moreover, the Minister may institute the civil or penal proceedings that are necessary for the proper enforcement of the Act (s. 19.3 *EQA* and ss. 106 to 115 *EQA*). The Minister may also have the necessary corrective work executed and its cost recovered from the offenders (ss. 113 to 115.1 *EQA*).

The power to make orders that is in issue in this appeal belongs to a class of powers delegated to the Minister which allow him to take action whenever contaminants are found in the environment. Other provisions in the Act, such as ss. 113 and 115.1, authorize the Minister to have the work needed to eliminate the contaminants executed, and to try to recover its cost from the parties responsible later. Section 31.42 provides for a different approach. Under that provision, the Minister may impose an obligation on the parties responsible for the contamination of the environment to conduct the studies required in order to ascertain the nature of the problem identified, to submit a plan for the corrective work and, where applicable, to have that work performed at their own expense. As we have seen, the order issued under s. 31.42 is subject to appeal to the ATQ. As well, neglect or refusal to carry out such an order entitles the Minister to initiate the civil or penal proceedings provided for in, *inter alia*, Division XIII of the Act. We need not examine the legal rules applicable to the proceedings in this appeal. Nor, in the context of this appeal, do we need to examine the nature and scope of the defences that could be raised in the course of proceedings. Those questions will undoubtedly provide the subject matter of future developments in the case law.

Section 31.42 *EQA*, which was enacted in 1990 (S.Q. 1990, c. 26, s. 4), applies what is called the polluter-pay principle, which has now been incorporated into Quebec's environmental legislation. In fact, that principle has become firmly entrenched in environmental law in Canada. It is found in almost all federal and provincial

d'intervention considérables pour prévenir les atteintes à la qualité de l'environnement au moyen de catégories variées d'ordonnances prescrivant des correctifs divers (voir, par exemple, art. 25 et 27 *LQE*). Il peut, de même, engager les procédures civiles ou pénales nécessaires à la bonne exécution de la loi (art. 19.3 *LQE* et art. 106 à 115 *LQE*). Enfin, la législation lui reconnaît le droit de faire exécuter les travaux correctifs nécessaires et d'en recouvrer le coût des contrevenants (art. 113 à 115.1 *LQE*).

Le pouvoir d'ordonnance en cause dans le présent appel représente l'un des pouvoirs d'intervention accordés au ministre en cas de présence de contaminants dans l'environnement. D'autres dispositions de la loi, comme les art. 113 et 115.1, lui permettent de faire exécuter lui-même les travaux nécessaires pour les éliminer et de tenter d'en recouvrer plus tard le coût des auteurs de la contamination. L'article 31.42 prévoit une approche différente. En vertu de cette disposition, le ministre peut imposer aux auteurs d'une contamination de l'environnement l'obligation d'effectuer les études nécessaires pour préciser la nature du problème appréhendé, de présenter un plan de travaux correctifs et, le cas échéant, d'exécuter ces derniers à leurs propres frais. Comme on l'a vu plus haut, l'ordonnance rendue en vertu de l'art. 31.42 est sujette à appel devant le TAQ. Par ailleurs, le défaut ou le refus d'exécuter une telle ordonnance donne ouverture à des procédures judiciaires civiles ou pénales prévues notamment à la section XIII de la loi, dont nous n'avons pas à examiner le régime juridique dans le présent appel. Dans le contexte de ce dernier, il n'y a pas lieu non plus d'étudier la nature et la portée des moyens de défense qui pourraient être opposés à ces procédures. Ces questions feront sans doute l'objet de développements jurisprudentiels dans l'avenir.

Adopté en 1990 (L.Q. 1990, ch. 26, art. 4), l'art. 31.42 *LQE* applique le principe dit du pollueur-payeur, maintenant intégré dans la législation environnementale du Québec. Ce principe est d'ailleurs bien établi dans le droit de l'environnement du Canada. Il se retrouve dans presque toutes les lois fédérales ou provinciales sur

environmental legislation, as may be seen: *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33; *Arctic Waters Pollution Prevention Act*, R.S.C. 1985, c. A-12, ss. 6, 7; *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, s. 42; *Waste Management Act*, R.S.B.C. 1996, c. 482, ss. 26.5(1), 27(1), 27.1, 28.2, 28.5; *Environment Management Act*, R.S.B.C. 1996, c. 118, s. 6(3); *Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. E-12, ss. 2(i), 112, 113(1), 114(1), 116; *Environmental Management and Protection Act, 2002*, S.S. 2002, c. E-10.21, ss. 7, 9, 12, 14, 15, 46; *Contaminated Sites Remediation Act*, S.M. 1996, c. 40, ss. 1(1)(c)(i), 9(1), 15(1), 17(1), 21(a); *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1990, c. E.19, ss. 7, 8, 43, 93, 97, 99, 150, 190(1); *Pesticides Act*, R.S.O. 1990, c. P.11, ss. 29, 30; *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1990, c. O.40, ss. 16.1, 32, 84, 91; *Crown Forest Sustainability Act, 1994*, S.O. 1994, c. 25, s. 56(1); *Environment Act*, S.N.S. 1994-95, c. 1, ss. 2(c), 69, 71, 78(2), 88, 89, 90; *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, c. E-14.2, ss. 8(1), 9, 28, 29, Part XIII; *Environmental Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-9, ss. 7, 7.1, 21; *Environmental Protection Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. E-7, ss. 4(2), 5.1, 6, 7, 16. (See R. Daigneault, "La portée de la nouvelle loi dite 'du pollueur-payeur'" (1991), 36 *McGill L.J.* 1027.) That principle is also recognized at the international level. One of the best examples of that recognition is found in the sixteenth principle of *Rio Declaration on Environment and Development*, UN Doc. A/Conf. 151/5/Rev. 1 (1992).

l'environnement, comme on peut le constater : *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33; *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, L.R.C. 1985, ch. A-12, art. 6, 7; *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, art. 42; *Waste Management Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 482, art. 26.5(1), 27(1), 27.1, 28.2, 28.5; *Environment Management Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 118, art. 6(3); *Environmental Protection and Enhancement Act*, R.S.A. 2000, ch. E-12, art. 2(i), 112, 113(1), 114(1), 116; *Environmental Management and Protection Act, 2002*, S.S. 2002, ch. E-10.21, art. 7, 9, 12, 14, 15, 46; *Loi sur l'assainissement des lieux contaminés*, L.M. 1996, ch. 40, art. 1(1)(c)(i), 9(1), 15(1), 17(1), 21a; *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1990, ch. E.19, art. 7, 8, 43, 93, 97, 99, 150, 190(1); *Loi sur les pesticides*, L.R.O. 1990, ch. P.11, art. 29, 30; *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.40, art. 16.1, 32, 84, 91; *Loi de 1994 sur la durabilité des forêts de la Couronne*, L.O. 1994, ch. 25, art. 56(1); *Environment Act*, S.N.S. 1994-95, ch. 1, art. 2c), 69, 71, 78(2), 88, 89, 90; *Environmental Protection Act*, S.N.L. 2002, ch. E-14.2, art. 8(1), 9, 28, 29, Part XIII; *Environmental Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-9, art. 7, 7.1, 21; *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-7, art. 4(2), 5.1, 6, 7, 16. (Voir R. Daigneault, « La portée de la nouvelle loi dite "du pollueur-payeur" » (1991), 36 *R.D. McGill* 1027.) Ce principe est aussi reconnu au niveau international. L'un des meilleurs exemples de cette reconnaissance se trouve dans le seizième principe de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Doc. NU A/Conf. 151/5/Rev. 1 (1992).

24 To encourage sustainable development, that principle assigns polluters the responsibility for remedying contamination for which they are responsible and imposes on them the direct and immediate costs of pollution. At the same time, polluters are asked to pay more attention to the need to protect ecosystems in the course of their economic activities.

Dans une optique de développement durable, ce principe impose aux pollueurs la responsabilité de corriger les situations de contamination dont ils sont responsables et d'assumer directement et immédiatement les coûts de la pollution. Il cherche en même temps à rendre les auteurs de celle-ci plus soucieux des impératifs de la préservation des écosystèmes, dans le cours de leurs activités économiques.

25 The procedure which authorizes the Minister to issue an order against whoever is responsible for the pollution under s. 31.42 *EQA* and its

La procédure d'ordonnance rendue par le ministre et dirigée contre l'auteur de la pollution, qu'instituent l'art. 31.42 *LQE* et les dispositions

related provisions represents one of the most important enforcement tools available in Quebec's environmental legislation. The adaptation of such a procedure appeared of singular importance in the search for a solution to soil contamination problems. On that point, it should be noted that the decision of the ATQ quoted passages from the debates of the National Assembly of Quebec in 1990 confirming that legislative objective. Section 31.42 allows for the use of a broad discretion in pursuit of that objective. The Minister may issue a characterization order or prescribe that a work program be carried out. The Act authorizes the Minister to issue an order when he believes on reasonable grounds that a contaminant harmful to the environment is present in a place and may cause harm to human beings or the ecosystem. The order may be made against whoever is responsible for the contamination, including anyone whose activity occurred before the coming into force of the Act in 1990. As discretionary and broad as the power to make orders appears to be, nonetheless important procedural requirements circumscribe it. We must now examine them.

Those procedural rules provide more guidance about certain aspects of the general duty of procedural fairness that s. 2 of the *Act respecting Administrative Justice* imposes on administrative decision-makers, by codifying a consistent line of decisions in Canadian administrative law (P. Issalys and D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (2nd ed. 2002), at p. 847). First, s. 31.44 *EQA* requires that the Minister give 15 days' prior notice of his intention to issue an order. Such a notice shall state, *inter alia*, that the person to whom it is directed may present observations within the time specified, and shall describe the reasons for the proposed decision. Section 31.44 then refers to s. 5 of the *Act respecting Administrative Justice*, which describes the obligations with which an administrative authority such as the Minister must comply before making an individual and unfavourable decision in respect of a citizen. That provision restates the requirement that the interested parties be given prior notice, also sets out the right to present observations and produce

connexes à celui-ci, représente l'un des instruments d'intervention les plus importants dans la législation environnementale du Québec. En effet, l'adoption de cette procédure paraissait particulièrement appropriée pour trouver une solution aux problèmes de contamination de terrains. La décision du TAQ a d'ailleurs cité, à ce propos, certains extraits des débats de l'Assemblée nationale du Québec, en 1990, qui confirment l'existence de cet objectif législatif. Pour mettre ce dernier en application, l'art. 31.42 accorde un pouvoir discrétionnaire large. Le ministre peut rendre une ordonnance de caractérisation ou prescrire l'exécution d'un programme de travaux. La loi autorise la prise de l'ordonnance lorsque le ministre a des motifs raisonnables de croire qu'un contaminant nuisible à l'environnement est présent dans un lieu et peut porter atteinte à la personne humaine ou à l'écosystème. L'ordonnance peut viser tous les auteurs de la contamination, y compris ceux dont l'activité est antérieure à l'entrée en vigueur de la loi, en 1990. Si discrétionnaire, si large qu'il paraisse, ce pouvoir d'ordonnance se trouve cependant encadré par des exigences procédurales importantes, qu'il faut maintenant examiner.

Ces règles procédurales précisent certains aspects de l'obligation générale de respect de l'équité procédurale que l'art. 2 de la *Loi sur la justice administrative* impose aux décideurs administratifs, en codifiant ainsi une jurisprudence constante en droit administratif canadien (P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives* (2^e éd. 2002), p. 847). D'abord, l'art. 31.44 *LQE* exige que le ministre donne un préavis de 15 jours de son intention de rendre une ordonnance. Cet avis indique notamment que la personne visée peut transmettre ses observations dans les délais précisés et décrit les motifs justifiant la décision envisagée. L'article 31.44 renvoie ensuite à l'art. 5 de la *Loi sur la justice administrative*. Celui-ci décrit les obligations dont doit s'acquitter une autorité administrative comme le ministre avant de prendre une décision particulièrement défavorable à un administré. Cette disposition réitère l'exigence de l'avis préalable à l'administré. Elle rappelle aussi le droit de ce dernier de présenter des observations

documents concerning the proposed decision and reiterates that reasons must be given in support of the decision.

27

The record confirms that the necessary notices were given. The appellant had an opportunity to present its observations, which the Minister reviewed before issuing a decision, for which reasons were given. The procedural framework established by the Act was therefore followed. As we have seen, the debate then focused on another issue which is also a component of the principles of natural justice: the nature and scope of the duty of impartiality that applies to the decision-maker, the Minister. That issue was incorrectly addressed, however, on the basis of an erroneous understanding both of the duty of impartiality of the Minister and of the consequences of the conflict of interest to which a breach of that principle allegedly gave rise. At the outset of the analysis, a preferred approach would have been to attempt to determine the applicability of the concept of impartiality relied upon by the appellant, in its full potential reach. In this perspective, the scope of the duty of impartiality upon an administrative decision-maker such as the Minister in the exercise of an essentially discretionary and political power, and the manner in which that duty is discharged, would then have had to be examined.

C. The Duty of Impartiality in Administrative Law and Variations of That Duty

28

The duty of impartiality ranks among the fundamental obligations of the courts. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* recognizes the right of any person charged with an offence to be tried by an independent and impartial tribunal (s. 11(d)). In the matters which fall within the legislative jurisdiction of Quebec, s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, recognizes the right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal as a fundamental human right. The concept of impartiality refers to the decision-maker's state of mind (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685, *per Le Dain J.*). The decision-maker must approach the issue submitted to him or her with an open mind,

et des documents au sujet de la décision projetée et exige que cette dernière soit motivée.

Le dossier confirme que les avis nécessaires ont été donnés. L'appelante a pu présenter ses observations que le ministre a examinées, avant de communiquer une décision motivée. Le cadre procédural prévu par la loi a donc été respecté. Comme on l'a vu, le débat s'est alors noué autour d'une autre question, qui appartient, elle aussi, aux principes de justice naturelle, celle de la nature et de la portée de l'obligation d'impartialité qui s'imposerait au décideur, le ministre. Ce débat s'est toutefois mal engagé, à partir d'une conception erronée tant de la nature du devoir d'impartialité imposé au ministre que des conséquences des conflits d'intérêts que sa violation aurait provoqués. Au départ, il aurait mieux valu chercher à déterminer la pertinence de l'application, dans toute son ampleur, du concept d'impartialité qu'invoque l'appelante. Dans cette optique, il aurait fallu examiner l'étendue et les modalités de l'application de cette obligation d'impartialité à un décideur administratif, tel que le ministre, alors qu'il exerce un pouvoir essentiellement discrétionnaire, à caractère politique.

C. La nature et les modulations de l'obligation d'impartialité en droit administratif

L'exigence d'impartialité constitue l'une des obligations fondamentales des tribunaux de l'ordre judiciaire. La *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît le droit de tout prévenu à un procès devant un tribunal impartial et indépendant (al. 11d)). Dans les domaines relevant de la compétence législative du Québec, l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, range parmi les droits fondamentaux de la personne, celui d'obtenir une audition impartiale devant un tribunal indépendant et sans préjugés. Cette notion d'impartialité réfère à l'état d'esprit du décideur (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 685, le juge Le Dain). Celui-ci doit trancher le problème qui lui est soumis en toute liberté d'esprit,

not influenced by personal interests or outside pressure. It is not sufficient that the decision-maker be impartial in his or her own mind, internally, to the satisfaction of his or her own conscience. It is also necessary that the decision-maker appear impartial in the objective view of a reasonable and well-informed observer (*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, *per de Grandpré J.*; also : *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, [2003] 1 S.C.R. 884, 2003 SCC 36, at para. 17, *per McLachlin C.J. and Bastarache J.*). The duty of impartiality, which originated with the judiciary, has now become part of the principles of administrative justice.

The principles of natural justice do undeniably govern the actions of administrative decision-makers, as is in fact evidenced by s. 2 of the *Act respecting Administrative Justice* (P. Garant, *Droit administratif* (4th ed. 1996), vol. 2, *Le contentieux*, at pp. 319-320 and 338; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, at p. 1190, *per Sopinka J.*; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 20, *per L'Heureux-Dubé J.*). Imperial therefore argues that the duty of impartiality applies in its full rigour and that the Minister did not meet its requirements.

The appellant argued that the Minister had placed himself in an insoluble conflict of interest because of his unfortunate involvement in the failed decontamination of the Lévis Marina site and the legal and financial consequences of that involvement for the Minister. The appellant underlines that the decisions made by the Minister, and the actions taken by him, in the course of those decontamination operations even resulted in the loss of any appearance of impartiality. Accordingly, the appellant submits, his capacity to make an impartial decision was irremediably compromised in the eyes of any properly informed, objective and reasonable observer. However, that is not the full extent of the problem. The appellant then points out that legal action has already been initiated against the Minister by a number of owners of contaminated land, claiming substantial damages from him. In

sans être influencé par des intérêts personnels et des pressions externes. Il ne suffit pas qu'il soit impartial en lui-même, intérieurement, à la satisfaction de sa conscience. Il importe aussi qu'il paraisse impartial au regard objectif d'un observateur raisonnable et bien informé (*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré; aussi : *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884, 2003 CSC 36, par. 17, la juge en chef McLachlin et le juge Bastarache). Née dans l'ordre judiciaire, cette obligation fait aussi partie maintenant des principes de la justice administrative.

Indéniablement, en effet, les principes de justice naturelle régissent l'action des décideurs administratifs, comme l'atteste d'ailleurs l'art. 2 de la *Loi sur la justice administrative* (P. Garant, *Droit administratif* (4^e éd. 1996), vol. 2, *Le contentieux*, p. 319-320 et 338; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, p. 1190, le juge Sopinka; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 20, la juge L'Heureux-Dubé). Impériale plaide alors que l'obligation d'impartialité s'applique dans toute sa rigueur et que le ministre ne l'a pas respectée.

En effet, le ministre se serait trouvé placé dans une situation de conflit d'intérêts insoluble, en raison de son implication malheureuse dans la décontamination ratée du site de la Marina de Lévis et des conséquences juridiques et financières qu'elle entraîne pour lui. L'appelante souligne que les décisions prises par le ministre et les gestes qu'il a posés lors de ces opérations de décontamination le privaient même de toute apparence d'impartialité. Dès lors, son aptitude à prendre une décision impartiale aurait été irrémédiatement compromise aux yeux de tout observateur correctement informé, objectif et raisonnable. Ce n'est toutefois pas tout. L'appelante rappelle alors que le ministre a déjà été poursuivi par quelques propriétaires de terrains contaminés qui lui réclament des dommages-intérêts substantiels. De plus, des mises en demeure ont été envoyées au ministère dans plusieurs dossiers où d'autres actions

29

30

addition, notices have been sent to the Ministère in a number of cases in which further actions in damages remain possible. The potential risks of damage judgments in those cases put the Minister in a situation in which he is incapable of acting with the necessary independence in applying s. 31.42. In the appellant's submission, the decision to proceed by issuing a characterization order is necessarily tainted by the suspicion that the Minister's intention in so doing was to insulate himself from the possible legal consequences of his unfortunate involvement in the decontamination operations at the Marina site. Allowing the Minister to act with impunity in these circumstances would amount to ratifying a genuine abuse or misuse of power.

31

The appellant's reasoning thus treats the Minister, for all intents and purposes, like a member of the judiciary, whose personal interest in a case would make him apparently biased in the eyes of an objective and properly informed third party. This line of argument overlooks the contextual nature of the content of the duty of impartiality which, like that of all of the rules of procedural fairness, may vary in order to reflect the context of a decision-maker's activities and the nature of its functions (*Baker, supra*, at para. 21; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, *per* L'Heureux-Dubé J.; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pp. 323-24, *per* Gonthier J.; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636, *per* Cory J.). These variations in the actual content of the principles of natural justice acknowledge the great diversity in the situations of administrative decision-makers and in the roles they play, as intended by legislatures (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52, at para. 24, *per* McLachlin C.J.). The categories of administrative bodies involved range from administrative tribunals whose adjudicative functions are very similar to those of the courts, such as grievance arbitrators in labour law, to bodies that perform multiple tasks and whose adjudicative functions are merely one aspect of broad duties and powers that sometimes include regulation-making

en dommages-intérêts demeurent possibles. Les risques de condamnations pécuniaires dans ces affaires placent alors le ministre dans une situation où il se trouve incapable d'agir avec l'indépendance nécessaire dans l'application de l'art. 31.42. Selon l'appelante, sa décision de recourir à la procédure de l'ordonnance de caractérisation demeure nécessairement entachée du soupçon qu'il entendait ainsi se soustraire aux conséquences judiciaires possibles de son implication malencontreuse dans les opérations de décontamination du site de la Marina. Laisser le ministre agir impunément en pareilles circonstances équivaudrait à ratifier un véritable abus ou détournement de pouvoir.

Le raisonnement de l'appelante traite ainsi le ministre, à toutes fins utiles, comme un juge de l'ordre judiciaire, que son intérêt personnel dans une affaire rendrait apparemment partial aux yeux d'un tiers objectif et correctement informé. On oublie alors que le contenu de l'obligation d'impartialité, tout comme celui de l'ensemble des règles d'équité procédurale, est susceptible de varier pour s'adapter au contexte de l'activité d'un décideur administratif et à la nature de ses fonctions (*Baker*, précité, par. 21; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682, la juge L'Heureux-Dubé; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, p. 323-324, le juge Gonthier; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 636, le juge Cory). Cette variabilité du contenu effectif des principes de justice naturelle reflète la très grande diversité des situations des décideurs administratifs et des rôles qu'ils sont appelés à jouer, conformément à la volonté des législateurs (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52, par. 24, la juge en chef McLachlin). Les catégories d'organismes administratifs visés vont du tribunal administratif qui, dans son travail juridictionnel, est très voisin des tribunaux judiciaires, comme par exemple les arbitres de griefs en droit du travail, aux organismes remplissant des tâches multiples, où la fonction juridictionnelle ne constitue qu'un aspect d'attributions

power. The notion of administrative decision-maker also includes administrative managers such as ministers or officials who perform policy-making discretionary functions within the apparatus of government. The extent of the duties imposed on the administrative decision-maker will then depend on the nature of the functions to be performed and on the legislature's intention. In each case, the entire body of legislation that defines the functions of an administrative decision-maker, and the framework within which his or her activities are carried on, will have to be carefully examined. The determination of the actual content of the duties of procedural fairness that apply requires such an analysis.

In his management of the Marina file, the Minister made a decision that especially targeted Imperial. That decision may impose substantial expenses on the parties which the Minister considers to be the authors of the pollution of the site in question. There is no doubt that the characterization order calls for major studies in order to determine the condition of the site and for the preparation of recommendations about the measures which should be taken to remedy the contamination of the site. Given these circumstances, we need a concrete definition of the nature and extent of the rules of procedural fairness that apply to the Minister's decision. Is the Minister bound by a duty of impartiality, in its full scope and rigour, as are judges or administrative tribunals that essentially perform adjudicative functions, such as the ATQ or grievance arbitrators in the case of labour law? On this point, the decisions of this Court stress the crucial importance of a careful examination of the applicable legislation in order to determine the nature and scope of the rules of procedural fairness that apply to action taken by an administrative decision-maker (*Ocean Port Hotel, supra*, at paras. 20 and 22; *Bell Canada, supra*, at para. 22).

The *Environment Quality Act* defines the nature and extent of the procedural fairness obligations by which the Minister is bound when he issues a characterization order. Those procedural obligations result from the express terms of the Act, such as requirements respecting the structure for managing

étendues qui incluent parfois l'exercice de pouvoirs réglementaires. La notion de décideur administratif inclut enfin des gestionnaires administratifs comme des ministres ou des fonctionnaires appelés à remplir des fonctions discrétionnaires, à contenu politique, au sein de l'appareil gouvernemental. L'intensité des obligations que les principes de justice naturelle imposent au décideur administratif dépend alors de la nature des fonctions exercées et de la volonté du législateur. Il faut à chaque fois examiner attentivement l'ensemble des dispositions qui définissent les fonctions d'un décideur administratif et le cadre de son action. Seule cette analyse permet de déterminer le contenu effectif des obligations d'équité procédurale pertinentes.

Dans le cours de sa gestion du dossier de la Marina, le ministre a pris une décision qui visait Impériale de façon particulière. Cette décision peut imposer des dépenses importantes à celui que le ministre considère comme l'auteur de la pollution du site en cause. En effet, l'ordonnance de caractérisation exige sans doute des études importantes pour déterminer l'état du site et préparer des recommandations sur les mesures propres à porter remède à la contamination des lieux. Dans ce contexte, on doit alors rechercher concrètement la nature et les limites des règles d'équité procédurale pertinentes à la décision du ministre. Une obligation d'impartialité s'applique-t-elle à lui dans toute son ampleur et sa rigueur, comme dans le cas des juges de l'ordre judiciaire ou des tribunaux administratifs remplissant essentiellement des fonctions juridictionnelles, comme le TAQ ou les arbitres de griefs en droit du travail? À cet égard, la jurisprudence de notre Cour souligne l'importance critique d'un examen attentif de la législation applicable pour déterminer la nature et la portée des règles d'équité procédurale applicables à l'action d'un décideur administratif (*Ocean Port Hotel, précité*, par. 20 et 22; *Bell Canada, précité*, par. 22).

La *Loi sur la qualité de l'environnement* définit la nature et les limites des obligations d'équité procédurale qui lient le ministre lorsqu'il rend une ordonnance de caractérisation. Ces obligations procédurales résultent des termes exprès de la loi comme des exigences de la structure de gestion des problèmes

environmental problems and the type of functions assigned to the Minister for that purpose. The method of managing environmental problems selected by the legislature creates a situation that the legislature clearly intended to create and to which it clearly agreed. The role assigned to the Minister by the legislation sometimes inevitably places the Minister in a conflict with those subject to the law he administers, in the course of the implementation of environmental legislation.

34 When the Minister has to make a specific decision concerning someone subject to the law, he must comply with precise procedural obligations, which were described earlier. Generally speaking, those obligations require that he give notice to the person concerned, receive and review the representations and information submitted by that person and give reasons to that person for his decision. The effect of this procedural framework is that the Minister must carefully and attentively examine the observations submitted to him. However, that obligation is not equivalent to the impartiality that is required of a judge or an administrative decision-maker whose primary function is adjudication. In performing his functions, the Minister is involved in the management of an environmental protection system. He must make decisions in a context in which the need for the long-term management of environmental problems plays a prominent role, and in which he must ensure that the fundamental legislative policy on which the interpretation and application of environment quality legislation are based is implemented. The Minister has the responsibility of protecting the public interest in the environment, and must make his decisions in consideration of that interest.

35 What remains to be considered is the problem of the Minister's personal interest, as that interest was expressed by the trial judge. The decision in *Pearlman, supra*, provided necessary guidance on the nature of the personal interest that would put an administrative decision-maker in a conflict of interest within the meaning of the principles of procedural fairness. That case dealt with disciplinary proceedings taken by the Manitoba Law Society against one of its members, who argued

d'environnement et du type de fonctions attribuées au ministre dans ce cadre. Le mode de gestion des problèmes environnementaux choisi par le législateur crée une situation clairement voulue et acceptée par celui-ci. Le rôle que la législation a attribué au ministre place parfois celui-ci inévitablement en conflit avec des administrés, dans le cours de ses activités d'application de la législation environnementale.

Lorsqu'il est appelé à prendre une décision particulière à l'égard d'un administré, le ministre doit se conformer à des obligations procédurales précises, qui ont été décrites plus haut. Celles-ci lui demandent, en gros, de donner des avis à l'administré, de prendre en considération ses observations et ses informations et de lui communiquer les motifs de sa décision. Ce cadre procédural implique que le ministre doit examiner avec soin et attention les observations qui lui sont transmises. Cette obligation ne correspond toutefois pas à l'impartialité exigée d'un juge de l'ordre judiciaire ou d'un décideur administratif chargé principalement de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre de ses fonctions, le ministre, en effet, gère un système de protection de l'environnement. Il doit prendre ses décisions dans un contexte marqué par les exigences de la gestion de longue durée de problèmes environnementaux, où il doit assurer la mise en œuvre des politiques législatives fondamentales qui inspirent l'interprétation et l'application de la législation sur la qualité de l'environnement. Responsable de la préservation de l'intérêt public dans le domaine de l'environnement, le ministre doit arrêter ses décisions en fonction de celui-ci.

Reste maintenant à examiner le problème de l'intérêt personnel du ministre, selon le vocabulaire utilisé par le juge de première instance. L'arrêt *Pearlman*, précité, a apporté des précisions nécessaires sur la nature de l'intérêt personnel qui placerait un décideur administratif dans une situation de conflit d'intérêts, au sens des principes d'équité procédurale. Cette affaire portait sur des procédures disciplinaires engagées par le Barreau du Manitoba contre l'un de ses membres. Celui-ci soutenait que

that the members of the Law Society's Discipline Committee were in an unavoidable conflict of interest. The enabling statute of the professional body in question allowed it to award the costs of a disciplinary proceeding against a lawyer subject to those proceedings. In the submission of the appellant *Pearlman*, the members of the committee therefore had a pecuniary interest in ordering that costs be paid. They would benefit from payment of those costs as members of the Law Society, and that situation created an unacceptable appearance of conflict of interest (*Pearlman*, at p. 883, *per* Iacobucci J.).

The Court rejected that argument. It again stressed that the manner in which the rules of natural justice are applied depends on the context (pp. 884-85). The duty to remain untainted by personal interest applied in a context in which the members of the Discipline Committee were performing their duties in the common interests of the profession and for the protection of the public, not for their personal benefit. Any interest they may have had in recovering the costs of the proceedings was too remote and attenuated to give rise to a reasonable apprehension of bias in the eyes of an objective and properly informed observer (pp. 891-92, *per* Iacobucci J.).

In light of the foregoing, I am of the view that the Minister was merely defending, in the context of this case, the inseparable interests of the public and the state in the protection of the environment.

VI. Application of the Rules of Procedural Fairness

In this case, as was discussed above, the Minister used a discretionary political power for the purposes of the application of s. 31.42 *EQA*. A contamination problem had to be dealt with, and he had to choose the solution that he considered to be the most appropriate. That choice fell within the discretion assigned to him by the Act (Issalys and Lemieux, *supra*, at p. 127). He had to choose among doing nothing, carrying out the necessary investigations and work and then trying to recover the cost from the persons responsible for the contamination of the site, and going directly to those persons and trying

les membres du comité de discipline du Barreau se trouvaient placés dans un conflit d'intérêts inextricable. En effet, la loi constitutive de ce corps professionnel permettait de condamner le prévenu aux dépens d'une instance disciplinaire. Selon l'appelant *Pearlman*, les membres du comité avaient alors un intérêt financier à ordonner le paiement de frais. Ils bénéficieraient du paiement de ceux-ci en tant que membres du Barreau. Cette situation créerait une apparence inadmissible de conflit d'intérêts (*Pearlman*, p. 883, le juge Iacobucci).

La Cour rejeta ce moyen. Elle souligna à nouveau le caractère contextuel de l'application des règles de justice naturelle (p. 884-885). L'obligation de désintéressement se situait dans un contexte où les membres du comité de discipline accomplissaient leur tâche dans l'intérêt commun de la profession et pour la protection du public, et non pour leur bénéfice personnel. Leur intérêt éventuel au recouvrement des dépens de la procédure conservait un caractère trop éloigné et trop minime pour créer une apparence raisonnable de partialité aux yeux d'un observateur objectif et correctement informé (p. 891-892, le juge Iacobucci).

À la lumière de ce qui précède, j'estime que le ministre ne défendait, dans le contexte de la présente affaire, que les intérêts indissociables du public et de l'État dans la protection de l'environnement.

VI. L'application des règles d'équité procédurale

Dans la présente affaire, le ministre, rappelons-le, exerçait un pouvoir discrétionnaire, à caractère politique, dans l'application de l'art. 31.42 *LQE*. Face à un problème de contamination, il devait choisir la solution qu'il jugeait la plus appropriée. Ce choix tombait dans la discrétion que lui reconnaissait la loi (Issalys et Lemieux, *op. cit.*, p. 127). Il lui fallait opter entre ne rien faire, exécuter les investigations et travaux nécessaires, puis essayer d'en récupérer le coût des responsables de la contamination des lieux, ou s'adresser directement à ceux-ci pour tenter de les contraindre à prendre les mesures requises à

36

37

38

to compel them to take the necessary action at their own expense. The Minister was not performing an adjudicative function in which he was acting as a sort of judge. On the contrary, he was performing his functions of management and application of environmental protection legislation. The Minister was performing a mainly political role which involved his authority, and his duty, to choose the best course of action, from the standpoint of the public interest, in order to achieve the objectives of the environmental protection legislation.

39

Having regard to the context, which includes the Minister's functions viewed in their entirety, as well as to the framework within which his power to issue orders is exercised, the concept of impartiality governing the work of the courts did not apply to his decision. Certainly, the Minister must comply with the procedural fairness obligations set out in the law such as the requirements that notice be given to interested persons and that reasons for the decision be given. Once those requirements have been met, the principles of procedural fairness that apply to the situation, and that are in fact, as we have seen, codified by the *Act respecting Administrative Justice*, required only that he comply with the procedural obligations set out in the law and that he carefully and attentively consider the representations made by the person subject to the law he administers. Moreover, applying the principles stated in *Pearlman*, the interests in issue certainly did not amount to a personal interest within the meaning applied to that expression in the case law. The only interests the Minister was representing were the public interest in protecting the environment and the interest of the State, which is responsible for preserving the environment. In the circumstances of this case, it would be difficult to separate those interests. In exercising his discretion, the Minister could properly consider a solution that might save some public money. Accordingly, he applied one of the organizing principles of the *Environment Quality Act*, the polluter-pay principle. There was no conflict of interest such as would warrant judicial intervention, let alone any abuse or misuse of power. The Minister acted within the framework provided by the applicable law and in accordance with that law. There was no need to rely on the theory of

leurs propres frais. Le ministre ne remplissait pas alors une fonction juridictionnelle, où il aurait agi comme une sorte de juge. Au contraire, il exécutait ses fonctions d'administration et d'application de la législation sur la protection de l'environnement. Le ministre remplissait un rôle largement politique, qui faisait appel à son pouvoir et à son devoir de choisir les meilleures méthodes d'intervention, avec le souci de protéger l'intérêt public, pour atteindre les objectifs de la législation sur la protection de l'environnement.

Compte tenu du contexte de l'ensemble des fonctions du ministre comme du cadre de la mise en œuvre de son pouvoir d'ordonnance, la notion d'impartialité rattachée à l'action des tribunaux de l'ordre judiciaire ne s'appliquait pas à sa décision. Le ministre doit certes se conformer aux obligations d'équité procédurale prévues par la loi, comme les avis aux intéressés et la motivation de la décision. Cela fait, les principes d'équité procédurale pertinents à la situation, codifiés d'ailleurs, comme on l'a vu, par la *Loi sur la justice administrative*, exigeaient seulement qu'il exécute les obligations procédurales prévues par la loi et qu'il considère avec soin et attention les observations de l'administré. Par ailleurs, suivant les principes posés dans l'arrêt *Pearlman*, les intérêts en cause ne correspondaient sûrement pas à un intérêt personnel au sens de la jurisprudence. Les seuls intérêts que défendait le ministre étaient l'intérêt public dans la protection de l'environnement et celui de l'État, chargé de préserver celui-ci. Dans le contexte de cette affaire, ces intérêts se dissocieraient difficilement. Dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le ministre pouvait légitimement prendre en compte une solution qui se révélerait moins dispendieuse pour le trésor public. Ce faisant, il mettait en application l'un des principes organisateurs de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, celui du pollueur-payeur. Il n'existait pas de situation de conflit d'intérêts donnant ouverture à une intervention judiciaire, encore moins d'abus ou de détournement de pouvoir. Le ministre agissait dans le cadre prévu par le droit applicable et conformément à celui-ci. Il n'est utile d'invoquer ni la théorie du chevauchement des fonctions ni celle de la nécessité, car aucun moyen ne donnait ouverture à des procédures en révision

overlapping duties or the theory of necessity since there was no ground on which proceedings to review the decision of the Administrative Tribunal of Québec dismissing the appeal from the Minister's decision were available. The appellant's entire challenge rested on an erroneous understanding of the Minister's functions and of the nature of the relevant rules of procedural fairness.

VII. Conclusion

For these reasons, the appeal must be dismissed. I would award costs to the Attorney General of Quebec.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Québec.

Solicitors for the mis en cause the Administrative Tribunal of Québec: Lemieux Chrétien Lahaye Corriveau, Québec.

Solicitor for the mis en cause the City of Lévis: City of Lévis, Lévis.

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

Solicitor of the intervener Friends of the Earth: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

de la décision du Tribunal administratif du Québec, rejetant l'appel de la décision du ministre. Toute la contestation de l'appelante reposait sur une conception erronée des fonctions du ministre et de la nature des normes d'équité procédurale pertinentes.

VII. Conclusion

Pour ces motifs, le pourvoi doit être rejeté. J'accorderais les dépens au procureur général du Québec.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Desjardins Ducharme Stein Monast, Montréal.

Procureur de l'intimé : Ministère de la Justice, Québec.

Procureurs du mis en cause le Tribunal administratif du Québec : Lemieux Chrétien Lahaye Corriveau, Québec.

Procureur de la mise en cause Ville de Lévis : Ville de Lévis, Lévis.

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

Procureur de l'intervenant les Ami(e)s de la Terre : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Edward J. Nordquist and Domo Gasoline Corporation Ltd. Appellants

v.

Patricia Gurniak, Valerie Michelle Ross and Shannon Lee Ross, by their Guardian *ad Litem*, Patricia Gurniak Respondents

INDEXED AS: GURNIAC v. NORDQUIST

Neutral citation: 2003 SCC 59.

File No.: 28898.

2003: March 12; 2003: October 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Insurance — Automobile insurance — No-fault insurance scheme — Spousal death benefits and dependants' benefits — Quebec insured killed in motor vehicle accident in British Columbia — Spouse and children collecting statutory benefits in respect of accident under Quebec no-fault insurance scheme — Whether benefits paid in Quebec should be deducted from damages awarded in British Columbia in tort action — Whether benefits similar in kind to benefits under Part 6 of British Columbia Insurance Act — Whether there must be a “match” between specific heads of damage in tort award and specific heads of damage under statutory accident scheme — Meaning of word “similar” in s. 25(1) of Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, c. 231.

A Quebec resident was killed in an automobile accident in British Columbia. His *de facto* spouse and his children, the respondents, received a spousal death benefit, funeral expenses and dependants' benefits under Quebec's no-fault insurance scheme. They also commenced a tort action in British Columbia under the British Columbia *Family Compensation Act*. The appellants applied for a declaration that the benefits paid in Quebec should be

Edward J. Nordquist et Domo Gasoline Corporation Ltd. Appelants

c.

Patricia Gurniak, Valerie Michelle Ross et Shannon Lee Ross, représentées par leur tutrice à l'instance, Patricia Gurniak Intimées

RÉPERTORIÉ : GURNIAC c. NORDQUIST

Référence neutre : 2003 CSC 59.

N^o du greffe : 28898.

2003 : 12 mars; 2003 : 30 octobre.

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

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

Assurance — Assurance automobile — Régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité — Indemnités de décès au conjoint et aux personnes à charge — Décès d'un assuré québécois dans un accident d'automobile en Colombie-Britannique — Indemnités prévues par la loi versées à la conjointe et aux enfants à l'égard de l'accident en vertu du régime québécois d'assurance automobile sans égard à la responsabilité — Les indemnités versées au Québec doivent-elles être déduites des dommages-intérêts accordés en Colombie-Britannique dans l'action en responsabilité délictuelle? — Ces indemnités sont-elles de nature similaire aux prestations prévues à la partie 6 de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique? — Doit-il y avoir « correspondance » entre les divers chefs de dommages-intérêts délictuels et les divers chefs de dommage prévus par le régime d'assurance accident établi par la loi? — Sens du mot « similar » à l'art. 25(1) de l'Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 231.

Un résident du Québec est mort dans un accident d'automobile en Colombie-Britannique. Une indemnité pour frais funéraires ainsi que des indemnités de décès ont été versées à sa conjointe de fait et aux enfants du couple, les intimées, en application du régime québécois d'indemnisation sans égard à la responsabilité. Les intimées ont également intenté une action en responsabilité délictuelle en Colombie-Britannique en vertu de la

deducted from any damages awarded in the tort action under s. 25 of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*. That section defines “benefits” for the purpose of deductibility as including benefits paid under other contracts or plans of automobile insurance wherever issued or in effect, as long as such benefits are “similar” to those described in Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*. The British Columbia Supreme Court declared that the spousal death and funeral expense benefits were deductible but not the dependants’ benefits. The parties settled the action except for the issue of reducing liability for the benefits paid in Quebec. The appellants’ application to determine if any portion of the settlement proceeds should be reduced by the amount of the spousal death and funeral expense benefits was dismissed. The British Columbia Supreme Court concluded that these benefits were not deductible because they were not paid pursuant to a contract of indemnity. This conclusion was largely founded on *Buksh v. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288 (C.A.), released after its earlier declaration regarding deductibility. The appellants appealed both decisions and the appeals were dismissed.

Held: The appeal should be allowed.

Per Iacobucci and Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.: The statutory accident benefits paid to the respondents under the Quebec *Automobile Insurance Act* are similar in kind to the benefits under Part 6 of the British Columbia *Insurance Act* and, accordingly, must be deducted from the overall tort award pursuant to s. 25 of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*.

This appeal does not turn on the indemnity/non-indemnity classification of the Quebec benefits but rather on what is meant by “similar” under s. 25. The word “similar” in that section does not mean “identical” nor does it refer to the system of law in which the benefits originate. It conveys the principle that the benefits paid in Quebec must be of the same general nature or character as those under Part 6 of the *Insurance Act*. The benefits in this case are broadly “similar” and, while differing

Family Compensation Act de cette province. Les appelants ont sollicité un jugement déclaratoire portant que les indemnités payées au Québec devaient être déduites, en vertu de l’art. 25 de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, de tous dommages-intérêts obtenus au terme de l’action en responsabilité délictuelle. Selon la définition du mot « *benefits* » ([TRADUCTION] « prestations ») à cet article, sont considérées comme des prestations déductibles les prestations « *similar* » ([TRADUCTION] « similaires ») à celles décrites à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique qui sont versées en application d’un contrat ou régime d’assurance automobile établi ou en vigueur, selon le cas, en quelque lieu que ce soit. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a déclaré déductibles l’indemnité pour frais funéraires et l’indemnité de décès en faveur du conjoint, mais non déductibles les indemnités versées aux personnes à charge. Les parties ont par la suite réglé leur différend, sauf pour la question de la réduction de l’obligation pour tenir compte des indemnités versées au Québec. Les appelants ont demandé au tribunal de décider si l’indemnité pour frais funéraires et l’indemnité de décès en faveur du conjoint devaient être soustraites soit de l’ensemble de la somme versée en règlement, soit d’une partie de celle-ci. Le tribunal a répondu par la négative. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que ces prestations n’étaient pas déductibles, parce qu’elles n’avaient pas été versées en application d’un contrat d’indemnisation. Cette conclusion reposait dans une large mesure sur l’arrêt *Buksh c. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288 (C.A.), rendu après la première déclaration de la cour sur la question de la déductibilité. Les appelants ont porté les deux décisions en appel, mais ils ont été déboutés.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps : Les indemnités d’accident versées aux intimées en vertu de la *Loi sur l’assurance automobile* du Québec sont de nature similaire aux prestations prévues à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique et, en conséquence, elles doivent, en application de l’art. 25 de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, être déduites du montant total des dommages-intérêts délictuels.

La solution du présent pourvoi ne dépend pas de la question de savoir si les indemnités québécoises ont un caractère indemnitaire ou non indemnitaire, mais plutôt de la signification du mot « similaires » à l’art. 25. Dans cette disposition, le mot « similaires » ne veut pas dire « identique » et ne vise pas le système juridique de l’endroit où sont versées les prestations. Par ce mot, le législateur a voulu exprimer le principe que les indemnités québécoises doivent posséder la même nature générale

significantly in quantum, are of the same general nature or character. While the Quebec no-fault scheme was designed to supplant the tort system as a method of recovery for loss, this difference between the overall regimes in British Columbia and Quebec does not mean that the benefits are not similar. An analysis of similarity pursuant to s. 25 requires only a consideration of whether the benefits, not the overall insurance regimes, are of the same general nature and character. Nor is it relevant that the dependants' benefits were paid to the litigation guardian, rather than directly to the children. The manner of payment does not alter the fundamental nature of the benefits.

Nothing in the language of s. 25(2) mandates that there be a "match" between the specific heads of damage in a tort award and the specific heads of damage under the contract or benefits scheme in question before a deduction is appropriately made. In this respect, *Jang v. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121 (C.A.), and *Buksh* were wrongly decided. Importing a "matching" requirement, beyond the matching required in the analysis of similarity, risks undermining the legislature's intent to prevent double recovery in a manner that is simple, expedient and effective. It would be an inappropriate encroachment into the domain of the legislature.

Per McLachlin C.J. and Gonthier J.: This case should be decided without overruling *Jang*. No submissions have been made on the effect of overruling that decision and there is no reason to do so at this juncture. The notion of heads of damage is a familiar one and matching is neither complex nor cumbersome. Further, both the wording of the British Columbia legislation and 12 years of judicial practice without legislative intervention support the matching approach described in *Jang*. While the approach adopted in this case by the majority may well be workable in practice, it is counter-intuitive to require tort victims to seek double compensation in order to avoid undercompensation. If they do not make tort claims in respect of losses for which they already have been compensated by statute, their total award will be reduced by the amount of their statutory benefits, no matter what head of loss that award was meant to

ou le même caractère général que les prestations décrites à la partie 6 de l'*Insurance Act*. En l'espèce, les prestations sont en fait largement « similaires » et, bien que leur quantum soit très différent, elles possèdent la même nature générale ou le même caractère général. Bien que le régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité en vigueur au Québec ait été conçu pour remplacer le régime de la responsabilité civile extracontractuelle comme mécanisme de réparation des pertes subies par suite d'un accident d'automobile, cette différence appréciable entre le régime général de la Colombie-Britannique et celui du Québec ne signifie pas que les prestations versées en application de ces régimes ne sont pas « similaires ». Dans l'analyse de la similarité requise pour l'application de l'art. 25, il faut seulement se demander si les prestations — et non les régimes d'assurance globalement — possèdent la même nature générale ou le même caractère général. Le fait que les indemnités en faveur des personnes à charge ont été versées non pas directement aux enfants eux-mêmes mais plutôt à la tutrice à l'instance n'est pas lui non plus pertinent. Les modalités de paiement de ces prestations ne modifient pas leur nature fondamentale.

Le texte du par. 25(2) n'a pas pour effet de subordonner la déductibilité à l'existence d'une « correspondance » entre les divers chefs de dommages-intérêts délictuels et les divers chefs de dommage prévus par le contrat ou régime de prestations en cause. À cet égard, les arrêts *Jang c. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121 (C.A.), et *Buksh* sont erronés. Le fait d'introduire une condition de « correspondance » additionnelle, en sus de l'appariement requis dans l'analyse de la similarité, risque de compromettre l'objectif du législateur, à savoir éviter la double indemnisation d'une manière qui soit simple, pratique et efficace. Il s'agirait d'une ingérence injustifiée dans un domaine relevant de la législation.

La juge en chef McLachlin et le juge Gonthier : Le présent pourvoi devrait être tranché sans infirmer l'arrêt *Jang*. Aucune observation n'a été présentée sur l'effet que pourrait avoir l'infirmer de l'arrêt *Jang* et aucune raison ne justifie d'infirmer cette décision à ce moment-ci. De plus, la notion de chef de dommage est une notion familière et le respect de l'obligation de correspondance n'est pas une tâche lourde ou complexe. En outre, l'obligation de correspondance décrite dans l'arrêt *Jang* est confirmée par le texte de la loi de la Colombie-Britannique et par 12 années d'application par les tribunaux sans intervention de la part du législateur. Bien que la démarche retenue par la majorité en l'espèce puisse fort bien être efficace en pratique, elle est contraire au sens commun, car les victimes de délits se verront contraintes de rechercher une double indemnisation pour éviter la sous-indemnisation. Si, dans leur action

address. To further the legislature's intent to avoid double compensation, deductions should only be made where there would otherwise be double recovery.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Overruled: *Jang v. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121; *Buksh v. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288.

By Gonthier J.

Referred to: *Jang v. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121; *Buksh v. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288; *Bannon v. McNeely* (1998), 38 O.R. (3d) 659; *Matt v. Barber* (2002), 162 O.A.C. 34; *Brownell v. Tannahill* (2000), 52 O.R. (3d) 227; *Macartney v. Warner* (2000), 46 O.R. (3d) 669; *Gignac v. Neufeld* (1999), 43 O.R. (3d) 741; *Quiroz v. Wallace* (1998), 40 O.R. (3d) 737.

Statutes and Regulations Cited

Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25, s. 83.60.
Family Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 120 [now R.S.B.C. 1996, c. 126].
Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, Part 6, ss. 152, 169, 175, Sch.
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 267(1).
Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, c. 231, s. 25(1), (2).
Revised Regulation (1984) Under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, Part 7.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2001), 93 B.C.L.R. (3d) 199, 156 B.C.A.C. 149, 15 M.V.R. (4th) 155, 33 C.C.L.I. (3d) 36, [2001] B.C.J. No. 1793 (QL), 2001 BCCA 515, affirming the decisions of the Supreme Court of British Columbia (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 206, 43 C.C.L.I. (2d) 132, 27 M.V.R. (3d) 314, [1997] B.C.J. No. 1093 (QL) and [1999] B.C.J. No. 1473 (QL). Appeal allowed.

Avon M. Mersey and Michael Sobkin, for the appellants.

en responsabilité délictuelle, elles ne réclament pas l'indemnisation des pertes dont elles ont déjà été dédommées en vertu du texte de loi applicable, le montant total des dommages-intérêts qu'elles recevront sera réduit des prestations prévues par le texte de loi, indépendamment du chef de perte que ces dommages-intérêts sont censés compenser. Pour favoriser la réalisation de l'objectif du législateur, soit éviter la double indemnisation, il ne devrait y avoir déduction que dans les cas où le défaut de le faire entraînerait une double indemnisation.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts renversés : *Jang c. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121; *Buksh c. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288.

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés : *Jang c. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121; *Buksh c. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288; *Bannon c. McNeely* (1998), 38 O.R. (3d) 659; *Matt c. Barber* (2002), 162 O.A.C. 34; *Brownell c. Tannahill* (2000), 52 O.R. (3d) 227; *Macartney c. Warner* (2000), 46 O.R. (3d) 669; *Gignac c. Neufeld* (1999), 43 O.R. (3d) 741; *Quiroz c. Wallace* (1998), 40 O.R. (3d) 737.

Lois et règlements cités

Family Compensation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 120 [maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 126].
Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, partie 6, art. 152, 169, 175, ann.
Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 231, art. 25(1), (2).
Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25, art. 83.60.
Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 267(1).
Revised Regulation (1984) Under the Insurance (Motor Vehicle) Act, B.C. Reg. 447/83, partie 7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2001), 93 B.C.L.R. (3d) 199, 156 B.C.A.C. 149, 15 M.V.R. (4th) 155, 33 C.C.L.I. (3d) 36, [2001] B.C.J. No. 1793 (QL), 2001 BCCA 515, qui a confirmé les décisions de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 206, 43 C.C.L.I. (2d) 132, 27 M.V.R. (3d) 314, [1997] B.C.J. No. 1093 (QL) et [1999] B.C.J. No. 1473 (QL). Pourvoi accueilli.

Avon M. Mersey et Michael Sobkin, pour les appellants.

Patrice M. E. Abrioux, David A. Joyce and Jean Renaud, for the respondents.

The reasons of McLachlin C.J. and Gonthier J. were delivered by

1 GONTHIER J. — I concur with Iacobucci J.'s disposition of this case. I would prefer, however, to decide it without overruling *Jang v. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121 (C.A.), on the so-called matching requirement. In my view, the misstep in this case lies in Cumming J.A.'s conclusion, in *Buksh v. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288 (C.A.), that the *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 231 (formerly R.S.B.C. 1979, c. 204), was not intended to compensate for loss. Though the Act does not require proof of loss, this alone is not decisive in the statutory context. In my view, the Act is clearly intended to provide partial compensation for losses arising from motoring accidents.

2 Although the correctness of the matching requirement was raised by the parties, we heard no submissions on the effect of overruling *Jang* on other Canadian jurisdictions. *Jang* has been adopted and applied by the Court of Appeal for Ontario in a series of cases interpreting s. 267(1) of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8. See *Bannon v. McNeely* (1998), 38 O.R. (3d) 659; *Matt v. Barber* (2002), 162 O.A.C. 34; *Brownell v. Tannahill* (2000), 52 O.R. (3d) 227; *Macartney v. Warner* (2000), 46 O.R. (3d) 669; *Gignac v. Neufeld* (1999), 43 O.R. (3d) 741; *Quiroz v. Wallace* (1998), 40 O.R. (3d) 737. This line of cases was not brought to our attention by the parties and was not the subject of submissions. I cannot avoid the conclusion that by overruling *Jang*, this Court must necessarily be taken to have overruled these Ontario cases as well. In my view, judicial restraint requires this Court to forbear from such a course until the matching requirement is directly before us and is the subject of full argument.

Patrice M. E. Abrioux, David A. Joyce et Jean Renaud, pour les intimées.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je souscris au dispositif proposé par le juge Iacobucci en l'espèce. Toutefois, je préférerais décider le présent pourvoi sans infirmer l'arrêt *Jang c. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121 (C.A.), sur la question dite de l'obligation de correspondance. À mon avis, la difficulté dans l'affaire dont nous sommes saisis découle de la conclusion du juge Cumming de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Buksh c. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288, selon laquelle l'*Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 231 (auparavant R.S.B.C. 1979, ch. 204), n'a pas pour objet d'indemniser les intéressés de leurs pertes. Bien que cette loi n'exige pas la preuve d'une perte, ce facteur n'est pas à lui seul déterminant eu égard au contexte législatif. Selon moi, la loi en question vise clairement à indemniser partiellement les pertes résultant des accidents d'automobile.

Bien que les parties aient soulevé la question du bien-fondé de l'obligation de correspondance, elles ne nous ont présenté aucune observation sur l'effet que pourrait avoir, dans d'autres ressorts canadiens, l'infirmer de l'arrêt *Jang*. Cet arrêt a été adopté et appliqué par la Cour d'appel de l'Ontario dans une série de décisions portant sur l'interprétation du par. 267(1) de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8. Voir *Bannon c. McNeely* (1998), 38 O.R. (3d) 659; *Matt c. Barber* (2002), 162 O.A.C. 34; *Brownell c. Tannahill* (2000), 52 O.R. (3d) 227; *Macartney c. Warner* (2000), 46 O.R. (3d) 669; *Gignac c. Neufeld* (1999), 43 O.R. (3d) 741; *Quiroz c. Wallace* (1998), 40 O.R. (3d) 737. Cette jurisprudence n'a pas été portée à notre attention par les parties et n'a pas fait l'objet d'observations. Force m'est de conclure qu'en infirmant l'arrêt *Jang* notre Cour sera nécessairement présumée avoir également infirmé ces décisions ontariennes. À mon sens, la prudence dont doivent faire montre les tribunaux commande que notre Cour se garde d'adopter cette solution tant que la question de l'obligation de correspondance ne nous sera pas directement soumise et n'aura pas été pleinement débattue.

The approach adopted by Iacobucci J. may well be workable in practice. It nevertheless strikes me as counter-intuitive. In effect, tort victims will be required to seek double compensation in order to avoid undercompensation. If they do not make tort claims in respect of losses for which they have already been compensated by statute, their total tort award will be reduced by the amount of their statutory benefits, no matter what head of loss that tort award was meant to address. I cannot see how this furthers the legislature's intent to avoid double compensation. In my view, deductions should only be made where there would otherwise be double recovery.

Unlike Iacobucci J., I do not see matching as particularly complex or cumbersome. The notion of heads of damage is a familiar one. Indeed, to depart from it seems odd, if not unjust. In my view, the matching approach described in *Jang* is supported by the wording of the B.C. legislation and, perhaps more tellingly, by 12 years of judicial practice without legislative intervention. In short, I see no theoretical or practical reason for overruling *Jang* at this juncture. And I hesitate to do so on the basis of incomplete submissions.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — Robert Ross, a Quebec insured, was tragically killed in a motor vehicle accident in British Columbia. His *de facto* spouse, Patricia Gurniak, and their two children collected statutory death benefits in respect of that accident under a Quebec no-fault insurance scheme administered by the Société de l'assurance automobile du Québec ("SAAQ"). Ms. Gurniak then sued for tort damages in British Columbia and a settlement

La démarche retenue par le juge Iacobucci peut fort bien être efficace en pratique, mais elle ne m'en paraît pas moins contraire au sens commun. Dans les faits, les victimes de délits se verront contraintes de rechercher une double indemnisation pour éviter la sous-indemnisation. Si, dans leur action en responsabilité délictuelle, elles ne réclament pas l'indemnisation des pertes dont elles ont déjà été dédommées en vertu du texte de loi applicable, le montant total des dommages-intérêts qu'elles recevront sera réduit des prestations prévues par le texte de loi, indépendamment du chef de perte que ces dommages-intérêts sont censés compenser. Je ne vois pas comment cela favorise la réalisation de l'objectif du législateur, soit d'éviter la double indemnisation. À mon avis, il ne devrait y avoir déduction que dans les cas où le défaut de le faire entraînerait une double indemnisation.

Contrairement au juge Iacobucci, je ne considère pas que le respect de l'obligation de correspondance soit une tâche particulièrement lourde ou complexe. La notion de chef de dommage est une notion familière. De fait, la décision de l'écarter semble curieuse, voire injuste. Selon moi, l'obligation de correspondance décrite dans l'arrêt *Jang* est confirmée par le texte de la loi de la Colombie-Britannique et, de manière peut-être plus éloquente encore, par 12 années d'application par les tribunaux sans intervention de la part du législateur. Bref, je ne vois aucune raison d'ordre théorique ou pratique justifiant d'infirmier l'arrêt *Jang* à ce moment-ci. Aussi, j'hésite à le faire sur le fondement d'une argumentation incomplète.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Monsieur Robert Ross, qui était assuré au Québec, est mort tragiquement dans un accident d'automobile survenu en Colombie-Britannique. Sa conjointe de fait, Patricia Gurniak et les deux enfants du couple ont touché, relativement à cet accident, les indemnités de décès prévues par la loi dans le cadre du régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité administré par la Société de l'assurance automobile du Québec (« SAAQ »).

3

4

5

was reached with the insurer. The parties agreed to treat the settlement as a judgment for the purposes of this appeal, and in particular, for the purpose of addressing issues of deductibility.

6 This case turns on the proper interpretation to be given to s. 25 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, c. 231. That section defines “benefits” for the purpose of deductibility as including benefits paid under other contracts or plans of automobile insurance wherever issued or in effect, as long as such benefits are “similar” to those described in Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, c. 226.

7 In my opinion, the statutory accident benefits paid to Ms. Gurniak and her children under the Quebec *Automobile Insurance Act*, R.S.Q., c. A-25 (“Quebec Act”), are similar in kind to the benefits under the British Columbia *Insurance Act*. Once it has been determined that such benefits are similar within the meaning of s. 25(1), any statutory benefits received must be deducted from the overall tort award pursuant to s. 25(2) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*.

8 I therefore conclude that the liability of the appellants should be reduced by the amount of the spousal and dependant benefits received by Ms. Gurniak and her children under the Quebec Act in respect of the death of Mr. Ross. Consequently, I would allow the appeal.

I. Facts

9 On November 14, 1991, a vehicle driven by the appellant Edward J. Nordquist and owned by the appellant Domo Gasoline Corporation Ltd. mounted

M^{me} Gurniak a ensuite intenté une action en responsabilité délictuelle en Colombie-Britannique et un règlement est intervenu avec l’assureur. Les parties ont convenu de considérer ce règlement comme un jugement pour les besoins du présent pourvoi et, en particulier, aux fins d’examen de la question de la déductibilité.

La présente affaire porte essentiellement sur l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 25 de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Insurance (Motor Vehicle) Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 231. Suivant la définition qu’en donne cet article aux fins de détermination des sommes déductibles, le mot [TRADUCTION] « prestations » s’entend également des prestations versées en vertu d’autres contrats ou régimes d’assurance automobile établis ou en vigueur, selon le cas, à quelque endroit que ce soit, dans la mesure où de telles prestations sont [TRADUCTION] « similaires » à celles décrites à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 226.

À mon avis, les indemnités qui ont été versées à M^{me} Gurniak et à ses enfants à l’égard de l’accident en vertu de la *Loi sur l’assurance automobile* du Québec, L.R.Q., ch. A-25 (la « Loi québécoise »), sont des prestations de nature similaire à celles prévues par l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. Une fois tranchée la question de savoir si ces indemnités et prestations sont similaires au sens du par. 25(1), toutes les indemnités reçues en vertu d’un texte de loi doivent, en application du par. 25(2) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, être déduites du montant total des dommages-intérêts délictuels.

Je conclus donc que l’obligation des appelants devrait être réduite de la somme totale reçue par M^{me} Gurniak et ses enfants en raison de la mort de M. Ross au titre des indemnités versées au conjoint et aux personnes à charge en vertu de la Loi québécoise. En conséquence, j’accueillerai le pourvoi.

I. Les faits

Le 14 novembre 1991, en Colombie-Britannique, un véhicule appartenant à l’appelante Domo Gasoline Corporation Ltd. et conduit par l’appellant

a sidewalk in British Columbia and killed Robert Bruce Ross. At the time of the accident, Robert Ross and his *de facto* spouse, Patricia Gurniak, resided in Quebec with their two children.

The SAAQ administers the statutory scheme of automobile insurance available to residents of Quebec, the terms of which are set out in the Quebec Act. This no-fault scheme in Quebec is designed to displace the civil regime of extra-contractual liability. The death of Mr. Ross in a motor vehicle accident outside of Quebec entitled the respondents, Ms. Gurniak and her children, to compensation pursuant to that Act.

Ms. Gurniak received a lump sum spousal death benefit under the Quebec Act. She also received a lump sum payment for dependants' benefits in her capacity as guardian for her two children. A further amount was paid out to Ms. Gurniak by the SAAQ for funeral expenses. The benefits paid by the SAAQ were funded from monies received by it from all owners of automobiles registered in Quebec and all drivers licensed in Quebec, whether through fees or insurance premiums. Prior to the accident, Mr. Ross had paid monies to SAAQ.

Section 83.60 of the Quebec Act provides that the SAAQ enjoys a right of subrogation if it compensates a person for an accident that occurred outside Quebec and tort compensation is received in respect of the accident.

Ms. Gurniak commenced an action in British Columbia under the *Family Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 120 (now R.S.B.C. 1996, c. 126), on her own behalf and as guardian *ad litem* for her two children. In this action, Ms. Gurniak sought to recover damages for losses arising from the death of her *de facto* spouse.

Edward J. Nordquist a quitté la chaussée et est monté sur un trottoir, causant la mort de Robert Bruce Ross. Au moment de l'accident, ce dernier et sa conjointe de fait, Patricia Gurniak, résidaient au Québec avec leurs deux enfants.

La SAAQ administre le régime public d'assurance automobile qui s'applique aux résidents du Québec et dont les conditions sont énoncées dans la Loi québécoise. Le régime québécois d'indemnisation sans égard à la responsabilité vise à remplacer le régime de la responsabilité civile extracontractuelle. La mort de M. Ross dans l'accident d'automobile survenu hors du Québec a donné aux intimées, M^{me} Gurniak et ses enfants, le droit d'être indemnisées conformément à cette loi.

En vertu de la Loi québécoise, M^{me} Gurniak a reçu une indemnité de décès forfaitaire en faveur du conjoint ainsi qu'une somme forfaitaire au titre des indemnités pour personnes à charge en sa qualité de tutrice de ses deux enfants. Une somme additionnelle lui a aussi été versée par la SAAQ à l'égard des frais funéraires. Le paiement des indemnités versées par la SAAQ est financé au moyen des droits ou primes d'assurance perçus par celle-ci auprès de l'ensemble des propriétaires d'automobiles immatriculées au Québec et des titulaires de permis de conduire délivrés dans cette province. Avant son accident, M. Ross avait payé de telles sommes à la SAAQ.

L'article 83.60 de la Loi québécoise précise que la SAAQ dispose d'un droit de subrogation lorsqu'elle dédommage une personne à la suite d'un accident survenu hors du Québec et que cette dernière reçoit, au terme d'une action en responsabilité délictuelle, une indemnité relativement à cet accident.

M^{me} Gurniak a intenté une action en Colombie-Britannique en vertu de la *Family Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 120 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 126), en son propre nom ainsi qu'au nom de ses deux enfants en qualité de tutrice à l'instance. Dans cette action, M^{me} Gurniak a réclamé des dommages-intérêts pour les pertes résultant de la mort de son conjoint de fait.

10

11

12

13

- 14 The appellants applied for a declaration that the benefits paid to the respondents by the SAAQ were “benefits” within the meaning of s. 25 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act* and ought to be deducted from any damage award under the *Family Compensation Act*.
- 15 At trial, Bauman J. of the Supreme Court of British Columbia held that the death benefits and funeral benefits paid to Ms. Gurniak were indeed “benefits” within the meaning of s. 25(1) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*, since they were similar in kind to those described in Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*. He concluded, however, that the payments to the children were not similar to benefits payable under Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*, and therefore not “benefits” within the meaning of s. 25(1) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*.
- 16 The parties thereafter settled the action except for the issue of reducing liability for the SAAQ benefits. The parties agreed to treat the settlement as a judgment for the purposes of determining the issue of deductibility. The matter returned to Bauman J. to determine if all or any portion of the settlement proceeds should be reduced by the amount of the SAAQ benefits. Bauman J. dismissed the application on the basis of the reasoning of the British Columbia Court of Appeal in *Jang v. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121, and *Buksh v. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288.
- 17 The appellants appealed both decisions. Their appeals were dismissed.
- II. Judicial History
- A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 206 (“*Gurniak No. 1*”)
- 18 Bauman J. characterized the two issues before him as: (1) whether the SAAQ benefits were made under
- Les appelants ont sollicité un jugement déclaratoire portant que les indemnités (« *benefits* » dans la version anglaise de la Loi québécoise) versées aux intimées par la SAAQ constituaient des [TRADUCTION] « prestations » au sens de l’art. 25 de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act* de la Colombie-Britannique et devaient être déduites de tous dommages-intérêts accordés en vertu de la *Family Compensation Act*.
- Au procès, le juge Bauman de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que l’indemnité de décès et l’indemnité pour frais funéraires versées à M^{me} Gurniak constituaient effectivement des [TRADUCTION] « prestations » au sens du par. 25(1) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, puisqu’elles étaient de nature similaire à celles prévues à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. Il a cependant conclu que les sommes versées aux enfants n’étaient pas similaires aux prestations payables en vertu de la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique et n’étaient donc pas des [TRADUCTION] « prestations » au sens du par. 25(1) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*.
- Les parties ont par la suite réglé leur différend, sauf pour la question de la réduction de l’obligation pour tenir compte des indemnités versées par la SAAQ. Pour trancher la question de la déductibilité, elles ont convenu de considérer ce règlement comme un jugement. Les parties ont demandé au juge Bauman de décider si le montant des indemnités payées par la SAAQ devait être soustrait soit de l’ensemble de la somme versée en règlement, soit d’une partie de celle-ci. Le juge Bauman a rejeté la demande, s’appuyant sur le raisonnement suivi par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans les arrêts *Jang c. Jang* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 121, et *Buksh c. Franco* (1997), 54 B.C.L.R. (3d) 288.
- Les appelants ont porté les deux décisions en appel, mais ils ont été déboutés.
- II. L’historique des procédures judiciaires
- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 34 B.C.L.R. (3d) 206 (« *Gurniak n° 1* »)
- Le juge Bauman a énoncé ainsi les deux questions dont il était saisi : (1) Les indemnités de la

a contract or plan of automobile insurance wherever issued or in effect, and; (2) whether the SAAQ benefits were accident insurance benefits similar to those described in Part 6 of the *Insurance Act*. With respect to the first issue, he noted that SAAQ did not take issue with the defendants' assertion that the SAAQ benefits are indeed payable under a contract or plan of automobile insurance. Turning to the more difficult issue, whether the SAAQ benefits were indeed similar to those described in Part 6 of the *Insurance Act*, Bauman J. observed that the proper comparison was between the SAAQ benefits and the benefits described under ss. 152, 169 and 175 and the Schedule of the *Insurance Act*.

Bauman J. held that, while differing significantly in quantum, the benefits under the British Columbia *Insurance Act* were similar in kind to SAAQ benefits with the exception of the lump sum death benefits paid to the children. In his view, there was no similarity between the Quebec legislation and the British Columbia *Insurance Act* with respect to lump sum death benefits paid to children, since the Quebec legislation contemplated the dependent children receiving a lump sum in their own right, while the British Columbia statute did not.

He then considered whether the portion of the SAAQ benefits payable to Ms. Gurniak was "similar" to benefits payable under the British Columbia *Insurance Act*. After examining the dictionary definition of "similar", Bauman J. concluded at para. 58 that "[w]hile the payments to Ms. Gurniak are substantially higher under the Québec scheme, they are of the same general nature or character as those payable to her under Part 6 of the *Insurance Act*." He ordered that there be a declaration that the SAAQ benefits paid to Ms. Gurniak in her own right were "benefits" within the meaning of s. 25(1) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*.

SAAQ ont-elles été versées en vertu d'un contrat ou d'un régime d'assurance automobile établi ou en vigueur, selon le cas, à quelque endroit que ce soit? (2) Ces prestations constituaient-elles des prestations d'assurance accident similaires à celles décrites à la partie 6 de l'*Insurance Act*? Relativement à la première question, il a souligné que la SAAQ n'avait pas contesté l'assertion des défendeurs selon laquelle les indemnités qu'elle verse sont effectivement payables en vertu d'un contrat ou régime d'assurance automobile. Examinant ensuite la question plus difficile de savoir si les indemnités de la SAAQ étaient effectivement similaires à celles prévues à la partie 6 de l'*Insurance Act*, le juge Bauman a fait observer qu'il fallait plutôt comparer les indemnités de la SAAQ à celles prévues aux art. 152, 169 et 175 de l'*Insurance Act* et à l'annexe de cette loi.

Le juge Bauman a estimé que, bien que^a leur quantum diffère considérablement, les prestations payables en vertu de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique étaient de nature similaire à celles payées par la SAAQ, sauf en ce qui concerne les indemnités forfaitaires de décès en faveur des enfants. À son avis, il n'existe aucune similitude entre la Loi québécoise et l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique sur ce dernier point, étant donné que sous le régime de la Loi québécoise, contrairement à celle de la Colombie-Britannique, les enfants à charge reçoivent les indemnités forfaitaires de leur chef.

Il s'est ensuite demandé si les indemnités payables par la SAAQ à M^{me} Gurniak étaient « similaires » à celles payables en vertu de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. Après avoir étudié la définition que donne le dictionnaire du mot anglais « *similar* », le juge Bauman a conclu, au par. 58, que [TRADUCTION] « [b]ien que les paiements faits à M^{me} Gurniak en vertu du régime québécois soient substantiellement plus élevés, ils ont la même nature générale, le même caractère général que ceux effectués en vertu de la partie 6 de l'*Insurance Act*. » Il a ordonné que soit prononcé un jugement déclaratoire portant que l'indemnité payée par la SAAQ à M^{me} Gurniak personnellement constituait une « prestation » au sens du par. 25(1) de l'*Insurance (Motor Vehicle) Act*.

19

20

B. *British Columbia Supreme Court*, [1999] B.C.J. No. 1473 (QL) (“*Gurniak No. 2*”)

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1999] B.C.J. No. 1473 (QL) (« *Gurniak n° 2* »)

21 In *Gurniak No. 2*, Bauman J. noted that the plaintiffs’ action in respect of the death of Mr. Ross had been settled. The matter had returned to trial for the purpose of determining whether all or any portion of the settlement proceeds should be reduced by reason of the payment of the spousal death benefits, under s. 25 of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*.

Dans l’arrêt *Gurniak n° 2*, le juge Bauman a souligné que l’action des demandresses relativement au décès de M. Ross avait fait l’objet d’un règlement. L’affaire avait été renvoyée au juge de première instance pour qu’il décide si l’indemnité de décès en faveur du conjoint devait, en application de l’art. 25 de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, être soustraite soit de l’ensemble de la somme versée en règlement, soit d’une partie de celle-ci.

22 Bauman J. observed that since the decision in *Gurniak No. 1* had been rendered, the Court of Appeal of British Columbia had delivered its reasons in *Buksh*. He viewed the threshold question in *Gurniak No. 2* as whether the reasoning in *Buksh* applied to Part 6 *Insurance Act* death benefits, such that they should be classified as non-indemnity payments. He observed that while not identical, the Part 6 benefits were very similar to those set out in Part 7 of the *Revised Regulation (1984) Under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83 (“Regulations”). Both were statutorily mandated and neither required a claimant to demonstrate actual loss or need. Bauman J. held that the Court of Appeal’s decision in *Buksh* did indeed apply to the Part 6 benefits and that those benefits were non-indemnificatory in nature.

Le juge Bauman a fait observer que, depuis le prononcé de l’arrêt *Gurniak n° 1*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait déposé ses motifs dans l’arrêt *Buksh*. Il a estimé que la question préliminaire à trancher dans l’arrêt *Gurniak n° 2* était de savoir si le raisonnement suivi dans *Buksh* s’appliquait aux prestations de décès prévues à la partie 6 de l’*Insurance Act*, de telle sorte que ces prestations devraient être qualifiées de paiements non indemnitaires. Il a souligné que, sans être identiques, les prestations prévues à la partie 6 d’une part et celles prévues à la partie 7 du *Revised Regulation (1984) Under the Insurance (Motor Vehicle) Act*, B.C. Reg. 447/83 (le « Règlement ») d’autre part étaient très similaires. Dans les deux cas, il s’agit de prestations établies par une disposition législative et le demandeur n’est pas tenu d’apporter la preuve de quelque perte ou besoin concret. Le juge Bauman a conclu que la décision de la Cour d’appel dans l’affaire *Buksh* était effectivement applicable aux prestations prévues à la partie 6 et que celles-ci n’ont pas un caractère indemnitaire.

23 The next issue, according to Bauman J., was whether the SAAQ benefits were deductible under s. 25, in light of *Gurniak No. 1*’s holding that the SAAQ benefits are similar to the Part 6 *Insurance Act* death benefits. The answer to this was contingent upon whether the SAAQ benefits were properly characterized as indemnity payments under the *Buksh* analysis. Bauman J. opined that because he had found that the SAAQ benefits were “similar” to the Part 6 death benefits under s. 25(1) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*, it was not

La question suivante, selon le juge Bauman, consistait à se demander si les indemnités versées par la SAAQ étaient déductibles par application de l’art. 25, compte tenu de la conclusion tirée dans l’affaire *Gurniak n° 1* selon laquelle les indemnités de la SAAQ sont similaires aux prestations de décès prévues à la partie 6 de l’*Insurance Act*. La réponse à cette question dépendait de celle de savoir s’il était juste de qualifier de paiements indemnitaires les indemnités versées par la SAAQ, eu égard à l’analyse énoncée dans *Buksh*. Le juge

open to him to conclude that the SAAQ benefits were indemnity payments. He was of the view that benefits could not at once be “similar” to Part 6 benefits for the purpose of s. 25(1), but different from those benefits in terms of their categorization as “indemnity” or “non-indemnity”.

Bauman J. also considered the question of whether, independent of the result dictated by *Buksh* and his finding in *Gurniak No. 1*, the SAAQ benefits were in the nature of a contract of indemnity. After reviewing the affidavit evidence of two Quebec lawyers, he concluded that the payments under the SAAQ scheme were non-indemnity payments, as they were payable upon proof of a specified event without regard to whether the claimant had suffered a pecuniary loss. Bauman J. observed that “[w]hile those benefits vary depending on the income and age of the victim . . . that alone does not make them indemnity payments” (para. 43). Notably absent was the critical ingredient of an indemnity payment: the need on the part of the survivor to prove actual loss.

He then turned to the issue of SAAQ’s statutory right of subrogation under the Quebec statute. He rejected the argument that a right of subrogation connotes a contract of indemnity. In his view, it was more accurate to say that a contract of indemnity gives rise to a right of subrogation. Bauman J. held that “[s]imply because SAAQ is given certain statutory rights to effectively stand in the shoes of their payee in extra-provincial litigation, it does not necessarily follow that its payments to that individual are then to be construed as being pursuant to a contract of indemnity” (para. 47).

Bauman a estimé que, vu sa conclusion que les indemnités versées par la SAAQ étaient « similaires », au sens du par. 25(1) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, aux indemnités de décès prévues à la partie 6 de celle-là, il ne lui était pas loisible de conclure que les premières constituaient des paiements indemnitaires. Il a exprimé l’opinion que des indemnités ne pouvaient pas être « similaires », au sens du par. 25(1), aux prestations de la partie 6 et en même temps différer de celles-ci en tant que paiements « indemnitaires » ou « non indemnitaires ».

Le juge Bauman s’est également demandé si, indépendamment du résultat dicté par l’arrêt *Buksh* et sa propre conclusion dans l’affaire *Gurniak n° 1*, les indemnités de la SAAQ tenaient de la nature d’un contrat d’indemnisation. Après avoir étudié la preuve par affidavit émanant de deux avocats du Québec, le juge Bauman a conclu que les versements faits en vertu du régime de la SAAQ ne constituaient pas des paiements indemnitaires, puisqu’ils étaient exigibles dès qu’un événement précis était prouvé, que la personne présentant la demande ait ou non subi une perte pécuniaire. Le juge a indiqué que, [TRADUCTION] « [b]ien que le montant de l’indemnité varie en fonction du revenu et de l’âge de la victime [. . .], la somme versée ne devient pas de ce seul fait un paiement indemnitaire » (par. 43). L’élément essentiel d’un paiement indemnitaire était manifestement absent, à savoir la nécessité pour le survivant d’apporter la preuve d’une perte concrète.

Le juge Bauman s’est ensuite penché sur la question du droit de subrogation accordé à la SAAQ par la Loi québécoise. Il a rejeté l’argument selon lequel un droit de subrogation suppose l’existence d’un contrat d’indemnisation. À son avis, il est plus juste de dire qu’un contrat d’indemnisation fait naître un droit de subrogation. Le juge Bauman a estimé que, [TRADUCTION] « [d]u seul fait que la loi confère à la SAAQ certains droits lui permettant de se substituer au bénéficiaire dans un litige extraprovincial, il ne s’ensuit pas nécessairement que les sommes versées à cette personne doivent être considérées comme payées en application d’un contrat d’indemnisation » (par. 47).

24

25

- 26 In the final analysis, Bauman J. remarked that he was required to determine which of the two insurers, Insurance Compensation of British Columbia (“ICBC”) or SAAQ, would bear the responsibility for the first \$193,200 of Ms. Gurniak’s compensation. Since s. 25(1) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act* was of no avail to the British Columbia insurers under the analysis in *Buksh*, Bauman J. dismissed ICBC’s petition seeking deduction of the amount paid by SAAQ pursuant to statute.
- C. *British Columbia Court of Appeal* (2001), 93 B.C.L.R. (3d) 199, 2001 BCCA 515
- 27 Hall J.A., for the court, did not feel it necessary to decide the issue of “similarity” because he concluded that the deductibility argument of the defendants must fail on the indemnity issue. After reviewing in some detail the relevant case law on the distinction between a contract of indemnity and non-indemnity, he concluded that while there were features of the lost income payment under the Quebec Act that had indemnity characteristics, the same could not be said about the death benefits under the SAAQ scheme. In particular, there was no requirement for a survivor to establish actual pecuniary loss.
- 28 Like Bauman J., he considered the previous decision of the British Columbia Court of Appeal in *Buksh* as militating against a successful argument by ICBC that the SAAQ payments could be classified as indemnity payments and be deducted.
- 29 Hall J.A. agreed that previous cases considering contracts of indemnity had not yet considered a statutory scheme of the type administered in Quebec and that there was indeed a measure of logic to ICBC’s argument that the outcome was not entirely satisfactory because of what could arguably be viewed as a species of double recovery. In light of *Buksh*, however, he felt that it would be contrary to
- Enfin, le juge Bauman a indiqué qu’il devait décider lequel des deux assureurs, la SAAQ ou l’Insurance Corporation of British Columbia (« ICBC »), supporterait les 193 200 \$ versés à M^{me} Gurniak personnellement. Comme le par. 25(1) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act* n’était d’aucune utilité pour les assureurs de la Colombie-Britannique eu égard à l’analyse énoncée dans l’arrêt *Buksh*, le juge Bauman a rejeté la requête de l’ICBC sollicitant la déduction de la somme payée par la SAAQ conformément à la Loi québécoise.
- C. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (2001), 93 B.C.L.R. (3d) 199, 2001 BCCA 515
- S’exprimant pour la cour, le juge Hall n’a pas estimé nécessaire de trancher la question de la [TRADUCTION] « similarité », ayant conclu que l’argument des défendeurs fondé sur la déductibilité des paiements en litige devait être rejeté, vu la réponse donnée à la question du caractère indemnitaire. Après un examen assez détaillé de la jurisprudence pertinente concernant la distinction entre les contrats d’indemnisation et les contrats n’ayant pas ce caractère, il a jugé que, bien que sous certains aspects les paiements pour perte de revenu versés en vertu de la Loi québécoise participaient d’une indemnité, il était impossible d’en dire autant des indemnités de décès prévues par le régime de la SAAQ. En particulier, la personne survivante n’était aucunement tenue d’établir l’existence d’une perte pécuniaire concrète.
- Tout comme le juge Bauman, il a considéré que la décision rendue plus tôt par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’affaire *Buksh* militait contre l’acceptation de l’argument de l’ICBC selon lequel les paiements faits par la SAAQ pouvaient être qualifiés de paiements indemnitaires et être déduits.
- Le juge Hall a reconnu que les décisions antérieures sur les contrats d’indemnisation n’avaient pas porté sur un régime public du genre de celui en vigueur au Québec, et que n’était effectivement pas dénué de logique l’argument de l’ICBC selon lequel le résultat n’était pas entièrement satisfaisant du fait qu’il était possible, dans une certaine mesure, d’y voir un cas de double indemnisation. Cependant,

the spirit of *stare decisis* to accede to the appellants' submissions in this case. As a result, he held that the decision of Bauman J. on the indemnity issue should be sustained and the appeals dismissed.

III. Analysis

The central issue in this appeal is whether accident benefits paid to Ms. Gurniak and her children under the Quebec no-fault insurance scheme are deductible from a tort damages award recovered in British Columbia under s. 25 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act*. To resolve this issue, one need look no further than the wording of s. 25 itself, which contemplates a deduction of statutory accident benefits from a tort award once it has been shown that the benefits received are "similar" to those in Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*. Section 25 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act* reads:

25 (1) In this section and in section 26, "benefits" means a payment that is or may be made in respect of bodily injury or death under a plan established under this Act, other than a payment pursuant to a contract of third party liability insurance or an obligation under a plan of third party liability insurance, and includes accident insurance benefits similar to those described in Part 6 of the Insurance Act that are provided under a contract or plan of automobile insurance wherever issued or in effect.

(2) A person who has a claim for damages and who receives or is entitled to receive benefits respecting the claim, is deemed to have released the claim to the extent of the benefits. [Emphasis added.]

I agree with Bauman J. that s. 25 requires a court to consider whether the benefits payable under the

compte tenu de l'arrêt *Buksh*, il a considéré qu'il serait contraire à l'esprit de la règle du *stare decisis* de retenir la thèse des appelants en l'espèce. En conséquence, il a jugé que la décision du juge Bauman sur la question du caractère indemnitaire devait être maintenue et que les appels devaient être rejetés.

III. Analyse

En l'espèce, la principale question consiste à déterminer si les prestations qui, en raison de l'accident, ont été versées à M^{me} Gurniak et à ses enfants en application du régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité en vigueur au Québec sont déductibles, en vertu de l'art. 25 de l'*Insurance (Motor Vehicle) Act* de la Colombie-Britannique, des dommages-intérêts délictuels accordés dans cette province. Pour trancher cette question, il suffit de lire le texte de l'art. 25, qui précise que les prestations prévues par la loi en cas d'accident sont déduites de la somme obtenue au titre des dommages-intérêts délictuels, lorsqu'il est démontré que ces prestations sont « similaires » à celles prévues à la partie 6 de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. L'article 25 de l'*Insurance (Motor Vehicle) Act* de la Colombie-Britannique est rédigé ainsi :

[TRANSDUCTION]

25 (1) Pour l'application du présent article et de l'article 26, « prestation » s'entend des paiements faits ou pouvant être faits en vertu d'un régime établi en application de la présente loi en cas de décès ou de préjudices corporels, à l'exclusion des paiements effectués en vertu d'un contrat d'assurance responsabilité civile ou des obligations découlant d'un régime d'assurance responsabilité civile; sont visées par la présente définition les prestations d'assurance accident similaires à celles décrites à la partie 6 de l'Insurance Act et versées en application d'un contrat ou régime d'assurance automobile établi ou en vigueur, selon le cas, en quelque lieu que ce soit.

(2) La personne qui réclame des dommages-intérêts et qui reçoit ou a le droit de recevoir des prestations à l'égard de la réclamation est réputée avoir renoncé à cette réclamation dans la mesure des prestations reçues. [Je souligne.]

Je partage l'avis du juge Bauman selon lequel l'art. 25 oblige le tribunal à se demander si les

Quebec Act are “similar in kind” to those under the British Columbia *Insurance Act*. Obviously, “similar” does not mean “identical”. Benefits may be similar in kind while differing in quantum. “Similar” does not refer to the system of law in which the benefits originate, the overall regime under which they are administered or the legal process by which they are claimed. To my mind, the legislature’s use of the word “similar” in this context was intended to convey the principle that the benefits in question must be of the same general nature or character as the benefits described in Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*.

32

In my view, there is no need to engage in a comprehensive comparative analysis of the benefits under the two regimes, as it is readily apparent that the benefits are indeed broadly “similar” within the meaning of s. 25(1) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*. The Quebec accident benefits, while differing significantly in quantum, are of the same general nature or character as those found in Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*. Both statutes provide for lump sum death benefits to spouses and dependants of a deceased insured. Such benefits are calculated according to a predetermined formula or scale, and are designed to compensate, either in whole or in part, for the economic loss engendered by the death of the insured.

33

I recognize that the Quebec no-fault scheme is unique in that it was designed to supplant the tort system as a method of recovery for loss suffered as a consequence of motor vehicle accidents. The law in most other provinces, including British Columbia, does not remove entirely the right to sue, in exchange providing comparatively more fulsome compensation under a statutory no-fault insurance scheme. Though this is a significant difference between the overall regimes in British Columbia and Quebec, this does not mean that the benefits under

prestations payables en vertu de la Loi québécoise sont [TRADUCTION] « de nature similaire » à celles payables en vertu de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. Il est évident que « similaire » ne veut pas dire « identique ». Des prestations de nature similaire peuvent différer quant au quantum. Le qualificatif « similaire » ne vise pas le système juridique de l’endroit où sont versées les prestations, le régime global en vertu duquel celles-ci sont administrées ou la procédure juridique au moyen de laquelle elles sont réclamées. À mon sens, en utilisant le mot « similaire » dans ce contexte, le législateur voulait exprimer le principe que les prestations concernées doivent posséder la même nature générale ou le même caractère général que les prestations décrites à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique.

Il n’est pas nécessaire, à mon avis, de procéder à une comparaison exhaustive des prestations payables en vertu des deux régimes, puisque l’on constate aisément qu’elles sont en fait largement « similaires » au sens du par. 25(1) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*. Bien que leur quantum soit très différent, les prestations payables en vertu de la Loi québécoise en cas d’accident possèdent la même nature générale ou le même caractère général que celles décrites à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. Conformément à ces deux lois, des indemnités de décès forfaitaires sont payables au conjoint et aux personnes à charge d’un assuré décédé. Ces prestations sont calculées suivant une formule ou un barème prédéterminé et elles visent à compenser totalement ou partiellement les pertes financières causées par le décès de l’assuré.

Je reconnais que le régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité en vigueur au Québec est unique, en ce qu’il a été conçu pour remplacer le régime de la responsabilité civile extracontractuelle comme mécanisme de réparation des pertes subies par suite d’un accident d’automobile. Dans la plupart des autres provinces, y compris en Colombie-Britannique, le droit applicable n’exclut pas entièrement le droit d’ester en justice, accordant en échange une indemnisation comparativement plus complète en vertu d’un régime légal d’assurance

both schemes are not “similar” within the meaning of s. 25 of the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act*. An analysis of similarity pursuant to this section requires only a consideration of whether the benefits — not the overall insurance regimes — are of the same general nature and character.

Further, I respectfully disagree with the trial judge’s conclusion that the dependant benefits are not similar within the meaning of the statute because the British Columbia legislation requires that they be paid to Ms. Gurniak in her capacity as litigation guardian, rather than directly to the children themselves. In my view, it is irrelevant who the legal claimant of the benefits is, so long as the benefits themselves are similar to those described in the British Columbia *Insurance Act*. In this case, the benefits under both schemes are intended to compensate dependants for economic losses occasioned by the death of a guardian. The manner of payment does not alter the fundamental nature of the underlying benefit.

Consequently, both the spousal and dependant death benefits under the Quebec statutory scheme are “similar” to those under Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*, within the meaning of s. 25(1) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*. It follows, once “similarity” has been established under s. 25(1), that in order to prevent double recovery the statutory benefits must be deducted under s. 25(2) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*. This section provides that a person who has a claim for damages and who receives or is entitled to receive benefits in respect of the claim, shall be deemed to have released his or her claim to the extent of those benefits.

sans égard à la responsabilité. Bien qu’il s’agisse là d’une différence appréciable entre le régime général de la Colombie-Britannique et celui du Québec, cela ne signifie pas que les prestations versées en application de ces régimes ne sont pas « similaires » au sens de l’art. 25 de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act* de la Colombie-Britannique. Dans l’analyse de la similarité requise pour l’application de cette disposition, il faut seulement se demander si les prestations — et non les régimes d’assurance globalement — possèdent la même nature générale ou le même caractère général.

En toute déférence, je dois également exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge de première instance selon laquelle les prestations accordées aux personnes à charge ne sont pas similaires au sens de la loi de la Colombie-Britannique parce que celle-ci exige qu’elles soient versées non pas directement aux enfants eux-mêmes mais plutôt à M^{me} Gurniak en sa qualité de tutrice à l’instance. À mon avis, l’identité du bénéficiaire légal des prestations n’est pas pertinente, dans la mesure où les prestations elles-mêmes sont similaires à celles décrites dans l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. En l’espèce, les prestations prévues par les deux régimes visent à indemniser les personnes à charge des pertes financières causées par le décès d’un tuteur. Les modalités de paiement de la prestation en cause ne modifient pas sa nature fondamentale.

Par conséquent, tant les indemnités de décès payables au conjoint que celles payables aux personnes à charge en vertu du régime public en vigueur au Québec sont « similaires », au sens du par. 25(1) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, aux prestations prévues à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. Une fois la « similarité » établie conformément au par. 25(1), il s’ensuit que pour éviter la double indemnisation les prestations accordées par la loi doivent être déduites en application du par. 25(2) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*. Cette disposition précise que la personne qui réclame des dommages-intérêts et qui reçoit ou a le droit de recevoir des prestations à cet égard est réputée avoir renoncé à sa réclamation dans la mesure de ces prestations.

34

35

36 The respondents and the British Columbia Court of Appeal suggest that the analysis is more complicated. In two appellate decisions, *Jang* and *Buksh*, the British Columbia Court of Appeal imported additional requirements — what the appellants refer to as a “judicial gloss” — into the s. 25 analysis.

37 In *Jang*, the British Columbia Court of Appeal examined the issue of whether disability benefits paid to a homemaker should be deducted from a general damage award for non-pecuniary losses. The court noted that the non-pecuniary damage award was for pain and suffering and for loss of some of the amenities of life, including a diminution in the zest for living. There was no allocation of any part of the award of non-pecuniary losses specifically to that part of the suffering that could be said to have been caused by the plaintiff’s inability to carry out her household tasks. Lambert J.A. stated, at para. 13:

The theory underlying s. 24 [now s. 25] of the Insurance (Motor Vehicle) Act is that there should not be double compensation for the same loss. But that does not mean that all of the benefits paid under Pt. 7 must be deducted one way or another from some item of damages, or from the total award of damages. It is only where the benefit corresponds with the particular heading of claim for damages that the benefit is to be deducted, and then only from the award for that particular head of damages. The requirement that the benefit match the claim is implicit in the legislative scheme as it was described in *Baart v. Kumar*, supra, and is explicit in s. 24(2), which matches “a claim for damages” with “benefits respecting the claim.” I do not think that the claim there referred to is the whole claim; rather, it is a claim to a particular heading of loss matched by a particular heading of benefits. [Emphasis added.]

38 Thus, in *Jang*, the court concluded that there was no match between the benefits paid to Ms. Jang for homemaker disability and her claim for general damages to compensate for pain, suffering, and loss of amenities of life.

Selon les intimées et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, l’analyse est plus complexe. Dans deux de ses décisions, à savoir les arrêts *Jang* et *Buksh*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a importé dans l’analyse prévue par l’art. 25 des exigences additionnelles — que les appelants qualifient de [TRADUCTION] « commentaires judiciaires ».

Dans l’arrêt *Jang*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique s’est demandé si les prestations d’invalidité versées à une personne au foyer devaient être déduites des dommages-intérêts généraux accordés au titre des pertes non pécuniaires. La cour a indiqué que les dommages-intérêts accordés à ce titre l’avaient été pour les douleurs et souffrances et pour la perte de certains agréments de la vie, notamment une diminution du goût de vivre. Aucune partie des dommages-intérêts pour les pertes non pécuniaires n’avait été spécifiquement affectée à l’aspect des souffrances qui pourrait être imputé à l’incapacité de la demanderesse d’accomplir ses travaux ménagers. Le juge Lambert a dit ceci au par. 13 :

[TRADUCTION] L’idée à la base de l’art. 24 [maintenant l’art. 25] de l’Insurance (Motor Vehicle) Act est qu’une même perte ne devrait pas être indemnisée deux fois. Cela ne veut toutefois pas dire que toutes les prestations payées en vertu de la partie 7 doivent, d’une façon ou d’une autre, être déduites du montant global des dommages-intérêts ou d’un chef donné de ceux-ci. Ce n’est que lorsque la prestation correspond à un chef de dommage particulier qu’elle doit être déduite, et dans un tel cas uniquement de la somme accordée à ce titre. La condition requérant que la prestation corresponde à un chef de réclamation ressort de façon implicite de l’économie de la loi, comme il a été expliqué dans l’arrêt *Baart c. Kumar*, précité, et de façon explicite du par. 24(2), qui rattache le fait de « réclame[r] des dommages-intérêts » et les « prestations à l’égard de la réclamation. » Je ne crois pas que la réclamation visée soit l’action dans son ensemble; il s’agit plutôt de la réclamation à l’égard d’un chef de perte donné correspondant à un chef d’indemnisation particulier. [Je souligne.]

En conséquence, dans l’arrêt *Jang* la Cour d’appel a conclu qu’il n’y avait pas correspondance entre les prestations versées à M^{me} Jang au titre de l’incapacité à vaquer aux travaux ménagers et sa réclamation sollicitant des dommages-intérêts généraux pour l’indemniser de ses douleurs et souffrances et de la perte d’agréments de la vie.

In *Buksh*, the British Columbia Court of Appeal considered whether death benefits under Part 7 of the Regulations should be deducted from a tort damages award. The argument advanced by the appellants in that case was the following, at para. 21:

The appellants argue that because the death benefits are scaled in accordance with the age of the deceased and the status the deceased held in the household, it is evident that the benefits are intended to be an indemnification for the loss of the pecuniary contribution made by the deceased to the household. They argue that the matching requirement set out in *Jang* is met by the general purpose or intent of the legislation and by the fact that the term “death benefits” is essentially an all inclusive term broad enough to include a variety of heads of damages. The logic is as follows: since the death benefits are pecuniary and are intended to include all heads of damages they should be deducted from any award of damages under the *Family Compensation Act* intended to compensate survivors for the pecuniary loss caused by the death — failure to do so results in double recovery.

Cumming J.A. was of the view that in order to accept the argument of the appellants, it had to be first established that the death benefits were in fact indemnity payments. If the death benefits were intended to compensate for loss in the same way as tort damages, then they could be deducted from the overall award. If the death benefits were not intended to compensate for loss, they could not be deducted. Cumming J.A. ultimately concluded, at para. 30:

... the language in sections 92 and 93 of the *Insurance (Motor Vehicle) Act* Regulations is indicative of a non-indemnity payment. There is no requirement to demonstrate actual loss and there is no distinction based on need. In addition, if the intention of the legislation was to compensate for actual loss I find it difficult to reconcile that purpose with the fact that the legislation also provides a death benefit for the loss of a dependant child. By definition, a dependant child — especially one under 5 years of age — is generally the recipient of financial support and not a contributor of it. In my opinion, the death benefits provided for in sections 92 and 93 were clearly meant to provide something beyond mere

Dans l’arrêt *Buksh*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique s’est demandé si les prestations de décès versées en vertu de la partie 7 du Règlement doivent être déduites de la somme accordée au titre des dommages-intérêts délictuels. L’argument des appelants dans cette affaire était le suivant (au par. 21) :

[TRADUCTION] Les appelants soutiennent que, comme les prestations de décès sont fonction de l’âge de la personne décédée et de sa situation dans le ménage, elles visent manifestement l’indemnisation de la perte de la contribution financière de cette personne au ménage. Ils font valoir que l’obligation de correspondance établie dans l’arrêt *Jang* est respectée en raison de l’objet général de la loi et du fait que l’expression [TRADUCTION] « prestations de décès » est essentiellement une expression suffisamment large pour englober divers chefs de dommage. Leur raisonnement est le suivant : comme les prestations de décès sont de nature pécuniaire et sont censées inclure tous les chefs de dommage, elles devraient être déduites de toute somme accordée au titre des dommages-intérêts en vertu de la *Family Compensation Act* afin d’indemniser les personnes survivantes des pertes pécuniaires causées par le décès. Ne pas le faire entraîne une double indemnisation.

Le juge Cumming de la Cour d’appel a exprimé l’avis que l’argument des appelants ne pouvait être retenu que s’il était d’abord établi que les prestations de décès constituent effectivement des paiements à caractère indemnitaire. Si, à l’instar des dommages-intérêts délictuels, ces prestations visent à dédommager d’une perte, elles peuvent alors être déduites de la somme totale accordée. Si, au contraire, les prestations de décès n’ont pas cette finalité, elles ne sont pas déductibles. Le juge Cumming a finalement conclu ainsi, au par. 30 :

[TRADUCTION] ... le texte des articles 92 et 93 du Règlement d’application de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act* est indicatif d’un paiement non indemnitaire. Il n’établit ni obligation de démontrer l’existence d’une perte concrète, ni distinction fondée sur le besoin. De plus, si le but de la loi est d’indemniser d’une perte concrète, il me semble difficile de concilier cet objectif avec le fait que la loi accorde également une prestation de décès pour la perte d’un enfant à charge. Par définition, un enfant à charge — particulièrement s’il a moins de cinq ans — est généralement le bénéficiaire du soutien financier et il ne contribue pas à l’entretien de la famille. À mon avis, il est clair que les prestations de décès prévues aux articles 92

compensatory payments. As a result, the proposition of the appellants must fail. Once it has been established that the benefits are not indemnifications it is not possible to satisfy the specific matching requirements mandated in *Jang*. [Emphasis added.]

41 On the facts of *Buksh*, the Court of Appeal concluded that the death benefits payable under Part 7 of the Regulations were not payments of indemnity and therefore were not deductible from the damages that the two plaintiffs had been awarded in respect of the deaths of their spouses.

42 The Part 7 benefits under the Regulations that were in issue in *Buksh* are substantially the same as or, in the words of Bauman J., “virtually identical” to the benefits under Part 6 of the British Columbia *Insurance Act*. Both provide for payment of a lump sum death benefit to the surviving spouse of a deceased insured in an amount based on the age and status of the deceased.

43 The argument of the respondents in the instant case is essentially this: according to *Jang*, there must be a “matching” between the benefit received under the statutory accident scheme and the tort damage award. Only where there is a match can the statutory benefit be deducted. In the instant case, there can be no match under the logic of *Buksh* unless the death benefit is intended to compensate for the same loss as general tort damages (i.e., unless the death benefit can be categorized as a contract of indemnity). Since the British Columbia Court of Appeal in *Buksh* refused to categorize a “death benefit” under the British Columbia *Insurance (Motor Vehicle) Act* as a contract of indemnity, it follows, according to the respondents, that a death benefit under the Quebec Act is equally not in the nature of a contract of indemnity. If, on the other hand, the death benefit under the Quebec Act can somehow be considered an indemnity contract, then the benefits described under s. 25(1) would not be “similar” within the meaning of the statute. The similarity requirement

et 93 ne se veulent pas de simples paiements compensatoires. En conséquence, la thèse des appelants doit être rejetée. Une fois qu’il est établi que la prestation ne constitue pas une indemnisation, il est impossible de satisfaire à l’obligation spécifique de correspondance imposée par l’arrêt *Jang*. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Buksh*, s’appuyant sur les faits propres à cette affaire, la Cour d’appel a jugé que les prestations de décès payables en vertu de la partie 7 du Règlement n’étaient pas des paiements indemnitaires et qu’elles ne pouvaient en conséquence pas être déduites des dommages-intérêts accordés aux deux demandeurs relativement à la mort de leur conjointe respective.

Les prestations prévues par la partie 7 du Règlement qui étaient en litige dans l’arrêt *Buksh* sont essentiellement pareilles ou, pour reprendre les mots utilisés par le juge Bauman, [TRADUCTION] « virtuellement identiques » à celles prévues à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique. Ces deux textes pourvoient au versement au conjoint survivant d’un assuré décédé d’une prestation forfaitaire de décès — ou capital-décès — calculée en fonction de l’âge et de la situation de la personne décédée.

L’argument avancé par les intimées en l’espèce est essentiellement celui-ci : l’arrêt *Jang* requiert qu’il y ait « correspondance » entre la prestation reçue en application du régime public d’assurance automobile et la somme obtenue au titre des dommages-intérêts délictuels. Ce n’est que s’il y a correspondance que la prestation prévue par la loi peut être déduite. Dans la présente affaire, il ne peut y avoir correspondance selon le raisonnement énoncé dans l’arrêt *Buksh* que si la prestation de décès vise à dédommager de la même perte que les dommages-intérêts généraux accordés dans l’action en responsabilité délictuelle (c.-à-d. si cette prestation peut être qualifiée de contrat d’indemnisation). Étant donné que, dans l’affaire *Buksh*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a refusé de qualifier de contrat d’indemnisation la [TRADUCTION] « prestation de décès » versée en vertu de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act* de la Colombie-Britannique, il s’ensuit, de prétendre les intimées, que l’indemnité de décès prévue par la Loi québécoise ne participe

necessary for deduction would therefore not be satisfied.

With respect, I find the reading of the statute advanced by the British Columbia Court of Appeal and adopted by the respondents problematic in several respects. First, and most importantly, it grafts onto the statutory sections something that is simply not there. I do not agree with the statement in *Jang* that “[t]he requirement that the benefit match the claim is implicit in the legislative scheme . . . and is explicit in s. 24(2) [now s. 25(2)], which matches ‘a claim for damages’ with ‘benefits respecting the claim’” (para. 13). Section 25(2) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act* reads:

A person who has a claim for damages and who receives or is entitled to receive benefits respecting the claim, is deemed to have released the claim to the extent of the benefits.

Since the term “benefits” is defined under s. 25(1) as “includ[ing] accident insurance benefits similar to those described in Part 6”, it follows that “benefits respecting the claim” must in this case refer to the full panoply of accident insurance benefits received under the Quebec legislation in respect of the death of Mr. Ross. It is, in my view, a contrived reading of the statute to interpret “benefits respecting the claim” as encompassing various individual heads of damage claimed under the SAAQ scheme, and to thereafter require that these benefits be deducted only to the extent that they individually overlap with elements of the tort award. In my opinion, “benefits respecting the claim” refers to the global package of benefits paid under the SAAQ regime in respect of Ms. Gurniak’s claim for damages arising from Mr. Ross’s death in a motor vehicle accident. There is, to

pas, elle non plus, du contrat d’indemnisation. En revanche, si cette indemnité de décès peut, d’une façon ou d’une autre, être considérée comme un contrat d’indemnisation, elle ne serait alors pas « similaire », au sens de la loi, aux prestations décrites au par. 25(1). La condition de similarité à laquelle est subordonnée la déduction ne serait donc pas respectée.

En toute déférence, j’estime que l’interprétation de la loi proposée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et reprise par les intimées pose problème à plusieurs égards. Le premier problème, qui est aussi le plus sérieux, est qu’elle greffe sur les dispositions législatives un élément qui n’y existe tout simplement pas. Je ne suis pas d’accord avec l’affirmation faite dans l’arrêt *Jang* selon laquelle [TRADUCTION] « [l]a condition requérant que la prestation corresponde à un chef de réclamation ressort de façon implicite de l’économie de la loi [. . .] et de façon explicite du par. 24(2) [maintenant le par. 25(2)], qui rattache le fait de “réclame[r] des dommages-intérêts” et les “prestations à l’égard de la réclamation” » (par. 13). Le paragraphe 25(2) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act* est ainsi rédigé :

[TRADUCTION] La personne qui réclame des dommages-intérêts et qui reçoit ou a le droit de recevoir des prestations à l’égard de la réclamation est réputée avoir renoncé à cette réclamation dans la mesure des prestations reçues.

Étant donné que, suivant la définition de « prestations » au par. 25(1), « sont visées par [cette] définition les prestations d’assurance accident similaires à celles décrites à la partie 6 », il s’ensuit que, en l’espèce, les « prestations à l’égard de la réclamation » s’entendent sûrement de l’ensemble des prestations d’assurance accident reçues en vertu de la Loi québécoise relativement au décès de M. Ross. À mon avis, on force le sens du texte de la loi en considérant que les termes « prestations à l’égard de la réclamation » visent les divers chefs de dommage réclamés en vertu du régime de la SAAQ, et en ne permettant ensuite la déduction de ces prestations que dans la mesure où, individuellement, elles coïncident avec des éléments de la somme accordée au titre des dommages-intérêts délictuels. Selon moi, l’expression « prestations à l’égard de la

my mind, nothing in the language of this provision that mandates that there be a “match” between the specific heads of damage in a tort award and the specific heads of damage under the contract or benefits scheme in question before a deduction is appropriately made.

45 This approach has the benefit of simplicity and ease of application and likely explains why British Columbia chose not to introduce an explicit matching requirement into the statute, when it could readily have done so. A trial judge, once he or she has determined that the benefits under the two regimes are broadly similar under s. 25(1), will deduct from the tort award any benefits already received in respect of the claim for damages arising from the motor vehicle accident. The trial judge will not be required to engage in a complicated and cumbersome process of “matching” a head of damage in tort to a particular claim for damages under a statutory scheme. This interpretation of s. 25(2) is supported by the fact that under some statutory schemes, the benefits received are not neatly classified into the various heads of damage for which they compensate, thereby making it nearly impossible for trial judges to give meaningful effect to any sort of matching principle.

46 I acknowledge that there may be rare cases where, even though the benefits are similar within the meaning of s. 25(1), the benefits awarded under a statutory insurance scheme may not duplicate the individual heads of damage awarded in tort, and therefore s. 25(2) may not fulfill the goal of preventing double recovery. An obvious example is that of a compensatory statutory accident benefit being deducted from a punitive damages award in tort. In such a case, it is arguably counter to the policy rationale underpinning s. 25 to make a deduction even though the benefits under comparison are broadly similar within the meaning of s. 25(1). In my view, this will typically be more

réclamation » s’entend de l’ensemble des prestations versées en vertu du régime de la SAAQ à l’égard de la réclamation présentée par M^{me} Gurniak pour les dommages résultant du décès de M. Ross dans l’accident automobile. À mon sens, le texte de cette disposition n’a pas pour effet de subordonner la déductibilité à l’existence d’une « correspondance » entre les divers chefs de dommages-intérêts délictuels et les divers chefs de dommage prévus par le contrat ou régime de prestations en cause.

Cette interprétation présente l’avantage d’être simple et facile d’application. Elle explique probablement pourquoi la Colombie-Britannique a décidé de ne pas inscrire dans la loi de condition explicite de correspondance, alors qu’il lui aurait été très facile de le faire. Dès que, dans une affaire donnée, le juge de première instance conclut à la similarité générale, au sens du par. 25(1), des prestations prévues par deux régimes, il déduit des dommages-intérêts délictuels toute prestation déjà reçue à l’égard de la réclamation résultant de l’accident automobile. Il n’a pas à se livrer à la tâche lourde et complexe qui consiste à établir la « correspondance » entre un chef de dommage-intérêt délictuel et un chef de dommage donné du régime public. Cette interprétation du par. 25(2) est étayée par le fait que les prestations versées dans le cadre de certains régimes publics ne sont pas toujours nettement rattachées aux différents chefs de dommage qu’elles réparent, et qu’il est de ce fait quasi impossible pour le juge de première instance d’appliquer utilement quelque principe de correspondance que ce soit.

Je reconnais qu’il pourrait se présenter des cas exceptionnels où, bien que les prestations soient similaires au sens du par. 25(1), celles accordées en vertu d’un régime public d’assurance ne coïncident pas avec les divers chefs de la somme accordée au titre des dommages-intérêts délictuels, et où le par. 25(2) ne permet pas de réaliser l’objectif qui consiste à prévenir la double indemnisation. Un exemple évident serait le fait de déduire une prestation légale d’accident à caractère compensatoire des dommages-intérêts punitifs obtenus en matière délictuelle. Pareille déduction serait, peut-on soutenir, contraire à la raison d’être de l’art. 25, même si les prestations comparées sont essentiellement

of a theoretical concern than a real one. Parties will, as a matter of course, advance tort claims for the full extent of the benefits to which they believe they are legally entitled (i.e., full compensatory and punitive damages). It would be an anomalous case indeed where the tort award consisted solely of heads of damage that did not have some type of a counterpart in the benefits determined to be similar under s. 25(1). To the limited extent that this may occur, this problem is more appropriately addressed through legislative reform. Importing a “matching” requirement into s. 25(2), beyond the matching required in the analysis of similarity, would risk undermining the legislature’s intent to prevent double recovery in a manner that is simple, expedient and, on the whole, effective.

For these reasons, I am of the view that, contrary to what the British Columbia Court of Appeal held in *Jang* and *Buksh*, the wording of the section does not contemplate a second level of matching between a specific head of damage in a tort award and a specific head of damage under the insurance scheme in question. In this respect, I believe that *Jang* and *Buksh* were wrongly decided.

A second problem with the analysis advanced by the respondents, based on the British Columbia Court of Appeal’s analysis in *Buksh* and *Jang*, is that it does not necessarily ensure that the policy goal underpinning s. 25 of the *Insurance (Motor Vehicle) Act* — the prevention of double recovery — is realized. Here, common sense dictates that both the death benefits under the Quebec Act and the damages awarded in the British Columbia tort action were intended to compensate Ms. Gurniak and her children for economic loss flowing from the death of Mr. Ross. To refuse to recognize this fact, on the basis that the statutory accident benefit may not technically constitute a contract of indemnity (a point which I do not decide), is to permit the double recovery against which s. 25 was generally designed

similaires au sens du par. 25(1). À mon avis, il s’agit là d’une crainte généralement plus théorique que réelle. En pratique, les parties qui intentent une action en responsabilité délictuelle réclament l’ensemble des prestations auxquelles elles estiment avoir droit (c.-à-d. les pleins dommages-intérêts compensatoires et punitifs). Il serait d’ailleurs anormal que la somme accordée au titre des dommages-intérêts délictuels soit constituée uniquement de chefs de dommage n’ayant aucun équivalent que ce soit dans les prestations jugées similaires au sens du par. 25(1). Dans la mesure, par ailleurs limitée, où cela pourrait se produire, il conviendrait davantage que ce problème soit corrigé par voie législative. Le fait d’importer dans le par. 25(2) une condition de « correspondance » additionnelle, en sus de l’appariement requis dans l’analyse de la similarité, risquerait de compromettre l’objectif du législateur, à savoir éviter la double indemnisation d’une manière qui soit simple, pratique et, dans l’ensemble, efficace.

Pour ces motifs, je suis d’avis que, contrairement à la conclusion de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans les arrêts *Jang* et *Buksh*, le texte de la disposition ne prévoit pas une seconde obligation de correspondance entre un chef spécifique de dommages-intérêts délictuels et un chef de dommage donné du régime d’assurance en cause. À cet égard, j’estime que les arrêts *Jang* et *Buksh* sont erronés.

Le deuxième problème affectant l’analyse que proposent les intimées en s’appuyant sur celle faite par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans les arrêts *Jang* et *Buksh* est le fait que leur analyse n’assure pas nécessairement la réalisation de la raison d’être de l’art. 25 de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, à savoir empêcher la double indemnisation. En l’espèce, le bon sens commande de conclure que les indemnités de décès versées en vertu de la Loi québécoise ainsi que les dommages-intérêts attribués dans le cadre de l’action en responsabilité délictuelle en Colombie-Britannique visaient tous deux à dédommager M^{me} Gurniak et ses enfants de la perte financière découlant de la mort de M. Ross. Refuser de reconnaître ce fait, au motif que la prestation prévue par la loi

to safeguard. If the Quebec benefits are not deducted from the tort award, and leaving aside any issue of SAAQ's right of subrogation, Ms. Gurniak and her children will indeed recover twice for the same loss.

49 A third weakness in the approach applied by the Court of Appeal is that it makes it necessary to decide, definitively, whether the death benefits under the Quebec scheme are "indemnity" or "non-indemnity" payments, a decision that may be difficult to make in a principled fashion. A statutory accident benefit, such as the death benefit in Quebec, is not easily amenable to rigid characterization. As the parties have noted, statutory accident benefits exhibit some characteristics of an indemnity contract and other characteristics of a non-indemnity contract, and therefore do not neatly fit into either category.

50 Even if the Quebec accident benefits were to be classified as non-indemnificatory on the basis that payment of the benefits is not contingent upon proof of loss, this does not change the fact that there are clearly features of the death benefits that were intended to serve the same general functions as a compensatory tort award. As the appellants note, at para. 37 of their factum:

The interpretation adopted by Cumming J.A. [in *Buksh*] ignores the underlying purpose of no-fault benefits, which are designed to compensate an injured person or their dependants for losses. This is particularly the case where benefits are paid under a complete no-fault scheme such as Québec's, which was designed to replace in its entirety the tort system for motor vehicle accidents in that province. The tort system exists to allow those suffering damages in motor vehicle accidents to recoup their losses. Where a no-fault system

en cas d'accident pourrait théoriquement ne pas constituer un contrat d'indemnisation (point que je m'abstiens de trancher), équivaut à permettre la double indemnisation que l'art. 25 vise généralement à empêcher. Si les indemnités versées en vertu du régime québécois ne sont pas déduites des dommages-intérêts délictuels — et ce indépendamment de la question du droit de subrogation de la SAAQ —, M^{me} Gurniak et ses enfants seront en fait indemnisés deux fois de la même perte.

Une troisième lacune de la démarche utilisée par la Cour d'appel est qu'elle oblige à trancher, de manière définitive, la question de savoir si les indemnités de décès prévues par le régime québécois sont de nature « indemnitaire » ou « non indemnitaire », décision qu'il peut être difficile de prendre sur la base de principes. Les prestations d'origine législative versées en cas d'accident, telle l'indemnité de décès québécoise, ne se prêtent pas aisément à une qualification rigide. Comme l'ont fait observer les parties, les prestations prévues par la loi en cas d'accident présentent certaines caractéristiques des contrats d'indemnisation et certaines caractéristiques des contrats de nature non indemnitaire, et de ce fait elles n'entrent pas nettement dans l'une ou l'autre de ces catégories.

Même si les indemnités prévues par le régime québécois en cas d'accident étaient qualifiées de non indemnitaires au motif que leur versement n'est pas subordonné à la preuve d'une perte, ce facteur ne change rien au fait qu'il y a clairement des aspects de ces indemnités qui tendent au même rôle général que les dommages-intérêts compensatoires accordés en matière délictuelle. Comme l'ont indiqué les appelants, au par. 37 de leur mémoire :

[TRADUCTION] L'interprétation retenue par le juge Cumming de la Cour d'appel [dans l'arrêt *Buksh*] ne tient pas compte de l'objectif des prestations versées sans égard à la responsabilité, qui visent à dédommager de leurs pertes la victime ou les personnes à sa charge. Il en est particulièrement ainsi lorsque des prestations sont versées dans le cadre d'un régime absolu d'indemnisation sans égard à la responsabilité comme celui du Québec, qui a pour objet d'écartier entièrement l'application du système de la responsabilité civile extracontractuelle en

eliminates the right to sue, it follows that its aim is to compensate injured parties, and their dependants, for losses.

This point was also made by the British Columbia Court of Appeal in the instant case when Hall J.A. recognized that the Quebec legislature enacted the statutory automobile accident compensation scheme “for the purpose of compensating those who had suffered financially because of death or injury occurring as the result of a motor vehicle accident” (para. 13).

The appellants, at paras. 44-45 of their factum, also stress that the Quebec death benefits, based as they are on the age and status of the deceased, reflect the fact that they were intended to compensate for economic loss:

The benefits paid to these Plaintiffs correspond to their economic losses. The lump sum benefit paid to the Plaintiff Ms. Gurniak was calculated on the basis of Mr. Ross’s age and net income. Both factors relate rationally to the actual loss suffered: they would be the primary factors in any court’s determination of future income loss or loss of dependency. Such payments are intended to compensate for loss of support or dependence, and therefore are cumulatively lower than a deceased victim could recover for loss of income had he or she survived. Even the statutory minimum indemnity reflects the legislative assumption that death results in the loss of economic value. Except perhaps in the rarest of cases, injury and death inevitably result in economic loss. . . .

Similarly, the Dependant Benefits paid to the Plaintiffs Valerie and Shannon Ross were based on their age at the date of Mr. Ross’s death. The age criterion reflects the fact that as children get older, their loss of dependancy is diminished. The express object of the Dependant Benefits is to provide compensation for loss of dependancy, and the criterion of age provides an expeditious method of estimating this loss. The

matière d’accidents d’automobile dans cette province. Le régime de la responsabilité civile extracontractuelle permet aux personnes qui subissent des dommages à l’occasion d’un accident d’automobile d’être dédommées de leurs pertes. Lorsqu’un régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité supprime le droit d’ester en justice, il s’ensuit qu’il a pour objectif d’indemniser de leurs pertes les victimes et les personnes à leur charge.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a également fait cette observation en l’espèce, puisque le juge Hall a reconnu que le législateur québécois avait établi le régime public d’assurance automobile [TRADUCTION] « en vue d’indemniser les personnes ayant subi des pertes financières par suite d’un décès ou de blessures découlant d’un accident d’automobile » (par. 13).

Aux paragraphes 44-45 de leur mémoire,⁶ les appelants soulignent également que le fait que les indemnités de décès versées au Québec sont établies en fonction de l’âge et de la situation de la personne décédée montre bien qu’elles ont pour objet de dédommager d’une perte financière :

[TRADUCTION] Les prestations versées aux demandereses en l’espèce correspondent à leurs pertes financières. La somme forfaitaire versée à la demanderesse M^{me} Gurniak a été calculée sur la base de l’âge et du revenu net de M. Ross. Ces deux facteurs ont un lien rationnel avec la perte subie concrètement : ils constitueraient les facteurs principaux de toute détermination par un tribunal de la perte de revenu ou de soutien futur. De tels paiements visent à dédommager de la perte de soutien et sont en conséquence cumulativement moins élevés que ceux que la victime décédée aurait pu toucher pour sa perte de revenu si elle avait survécu. Même la prestation minimale prévue par la loi reflète le postulat du législateur voulant que le décès de la victime entraîne une perte ayant une valeur pécuniaire. Sauf peut-être dans de très rares cas, les blessures et la mort entraînent inévitablement des pertes financières. . . .

De même, les indemnités de décès en faveur des personnes à charge qui ont été versées aux demandereses Valerie et Shannon Ross étaient elles aussi basées sur l’âge de ces dernières à la date de la mort de M. Ross. Le critère de l’âge tient compte du fait que plus les enfants sont âgés, moins grande est leur perte au titre du soutien. L’objet exprès des indemnités aux personnes à charge est d’accorder un dédommagement pour la perte

fact that the payment is made directly to the surviving children does not alter its fundamental character as a form of compensation for economic loss.

52 Without classifying a statutory death benefit as either a contract of indemnity or not, I believe it accurate to say that no-fault accident benefits under a scheme such as the one in place in Quebec are indeed intended to compensate for economic loss occasioned by the death of an insured.

53 I refer to the indemnity/non-indemnity distinction only because it was the primary subject of contention between the parties. This appeal, however, does not turn on that distinction, but rather on what is meant by “similar” under s. 25 of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*. In my view, the trial judge was correct in *Gurniak No. 1* to hold that “similar” under s. 25(1) requires only that the payments under the contract or scheme in question — here, the Quebec Act — and Part 6 of the British Columbia *Insurance Act* be of the same general nature and character in order to be deductible.

54 Under s. 25, the only “match” to be made is between benefits under Part 6 of the *Insurance Act* and the benefits under the contract or statutory scheme in question. Where these benefits are “similar” as required under s. 25(1) of the *Insurance (Motor Vehicle) Act*, the benefits awarded under the contract or statutory scheme must be deducted from a tort damage award under s. 25(2). The language of the British Columbia legislative scheme does not support a second level of matching between specific heads of damage under a tort award and heads of damage under a statutory scheme. To read this “matching” requirement into the statute would, in my view, be

de soutien, et le critère de l’âge constitue une méthode rapide pour estimer cette perte. Le fait que le paiement soit fait directement aux enfants survivants ne modifie pas le caractère fondamental de celui-ci, à savoir qu’il s’agit d’une forme d’indemnisation de pertes financières.

Sans me prononcer sur la question de savoir si une prestation de décès prévue par la loi constitue ou non un contrat d’indemnisation, je crois exact de dire que les prestations d’assurance sans égard à la responsabilité versées en cas d’accident en vertu d’un régime tel celui en vigueur au Québec visent effectivement à indemniser les bénéficiaires de ces prestations des pertes financières qu’ils subissent par suite du décès de la personne assurée.

Je mentionne la distinction indemnitaire/non indemnitaire uniquement parce qu’il s’agissait du principal sujet de désaccord entre les parties. La solution du présent pourvoi ne dépend toutefois pas de cette distinction, mais plutôt de la signification du mot « similaires » à l’art. 25 de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*. À mon avis, le juge de première instance a eu raison, dans l’arrêt *Gurniak n° 1*, de conclure que le terme « similaires » au par. 25(1) a seulement pour effet d’exiger que, pour que les paiements faits en vertu du contrat ou régime en cause — en l’espèce les paiements fondés sur la Loi québécoise — soient déductibles, ils doivent posséder la même nature générale ou le même caractère général que ceux prévus à la partie 6 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique.

Suivant l’article 25, la seule « correspondance » requise est la correspondance entre les prestations payables en vertu de la partie 6 de l’*Insurance Act* et celles payables en vertu du contrat ou du régime public en cause. Lorsque ces prestations sont « similaires », comme l’exige le par. 25(1) de l’*Insurance (Motor Vehicle) Act*, celles versées en vertu du contrat ou du régime public doivent, en application du par. 25(2), être déduites des dommages-intérêts délictuels. Le texte de loi établissant le régime de la Colombie-Britannique n’étaye pas l’existence d’une deuxième obligation de correspondance entre des chefs spécifiques de dommages-intérêts délictuels et des chefs spécifiques de dommage prévus par un

an inappropriate encroachment into the domain of the British Columbia legislature.

IV. Disposition

I would therefore allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and order that the appellants' liability to the respondents be reduced by the amount of the spousal death benefits and the dependant benefits already received by the respondents under the SAAQ scheme.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Quinlan Abrioux, Vancouver.

régime de nature législative. Considérer que la loi comporte cette obligation de « correspondance » constituerait, à mon avis, une ingérence injustifiée dans un domaine relevant de la législature de la Colombie-Britannique.

IV. Dispositif

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmier le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et d'ordonner que l'obligation des appelants envers les intimées soit réduite des indemnités de décès au conjoint et aux personnes à charge reçues par les intimées en vertu du régime de la SAAQ.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs des intimées : Quinlan Abrioux, Vancouver.

S.A.B. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec and Attorney General of New Brunswick Interveners

INDEXED AS: R. v. S.A.B.

Neutral citation: 2003 SCC 60.

File No.: 28862.

2003: March 19; 2003: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be secure against unreasonable search or seizure — Principle against self-incrimination — DNA warrants — Whether seizure of blood sample to conduct forensic DNA analysis infringed accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.04 to 487.09.

Criminal law — Evidence — Expert evidence — Blood sample taken from accused to conduct DNA forensic analysis — DNA expert's opinion on non-matching DNA sample based on international guidelines — No information in record about reliability of international guidelines referred to by expert — Weight to be given to DNA expert's evidence — Whether appellate court should interfere with trial judge's assessment of expert evidence.

The complainant, a 14-year-old girl, discovered that she was pregnant and informed her mother that the accused had sexually assaulted her. The complainant had an abortion and the police seized the fetal tissue for DNA

S.A.B. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec et procureur général du Nouveau-Brunswick Intervenants

RÉPERTORIÉ : R. c. S.A.B.

Référence neutre : 2003 CSC 60.

N° du greffe : 28862.

2003 : 19 mars; 2003 : 31 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — Principe interdisant l'auto-incrimination — Mandats ADN — La saisie d'un échantillon de sang pour une analyse génétique porte-t-elle atteinte au droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles ou saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.04 à 487.09.

Droit criminel — Preuve — Témoignage d'expert — Prélèvement de sang de l'accusé pour une analyse génétique — Témoignage de l'experte en ADN concernant l'empreinte génétique fondé sur des lignes directrices internationales — Le dossier ne renferme aucun renseignement sur la fiabilité des lignes directrices internationales citées par l'experte — Poids à donner au témoignage de l'experte en ADN — Un tribunal d'appel doit-il intervenir dans l'appréciation du témoignage d'expert par le juge du procès?

La plaignante, une jeune fille de 14 ans, découvre qu'elle est enceinte et informe sa mère que l'accusé l'a agressée sexuellement. Elle se fait avorter et la police saisit le tissu fœtal pour l'analyse génétique.

testing. Pursuant to an *ex parte* warrant, the police seized a blood sample from the accused and conducted forensic analysis comparing his DNA with the fetal tissue. The accused was arrested and charged with sexual assault and sexual exploitation. At trial, evidence was presented that five of seven DNA samples taken from the blood sample established the probability that he was not the father to be 1 in 10 million. The sixth sample was damaged and inconclusive. The seventh did not produce a DNA match and was described by the Crown's DNA expert as a mutation. The expert testified that "mutations are well documented in paternity testing, and the international guidelines state that at least two exclusions have to be noted before parental exclusion can be determined". No evidence was given as to the nature of the international guidelines. The accused argued that the expert's opinion lacked a factual foundation. He also sought a declaration that the DNA warrant provisions in ss. 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code* violate ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge held that the impugned provisions were constitutional and that the DNA evidence was admissible at trial. The accused was convicted of sexual assault but acquitted of sexual exploitation. The majority of the Court of Appeal upheld the conviction.

Held: The appeal should be dismissed. Sections 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code* are constitutional. There is no basis to interfere with the trial judge's assessment of the evidence.

This appeal concerns the constitutionality of the DNA warrant provisions contained in the *Criminal Code*. The DNA warrant provisions conform with s. 8 of the *Charter*. There is no need to engage in a s. 7 analysis. The principles of fundamental justice implicated by a DNA search and seizure, including the principle against self-incrimination, are more appropriately considered under s. 8. The principle against self-incrimination limits the extent to which an accused person can be used as a source of information about his or her own criminal conduct. Searches and seizures pursuant to a DNA warrant engage the principle against self-incrimination. It is proper to consider an accused's right not to incriminate him- or herself in determining whether a DNA warrant complies with s. 8 of the *Charter*.

Conformément à un mandat *ex parte*, la police saisit un échantillon de sang de l'accusé et effectue une analyse génétique en comparant son ADN avec le tissu fœtal. L'accusé est arrêté et accusé d'agression sexuelle et d'exploitation sexuelle. Selon la preuve présentée au procès, cinq des sept échantillons d'ADN prélevés à partir de l'échantillon de sang permettent d'établir que la probabilité qu'il ne soit pas le père du fœtus est de un sur dix millions. Le sixième échantillon, endommagé, donne des résultats non concluants. Le septième échantillon ne correspond pas à l'ADN de l'appelant et est, selon l'experte en ADN du ministère public, une mutation. Dans son témoignage, l'experte déclare que les « mutations sont bien documentées en matière de test de paternité et les lignes directrices internationales mentionnent qu'il faut relever au moins deux exclusions avant de conclure à l'absence de parenté ». Aucun élément de preuve n'est produit quant à la nature des lignes directrices internationales. L'accusé prétend que le témoignage de l'experte ne repose sur aucun fondement factuel. Il demande également à la cour de déclarer que les dispositions relatives aux mandats ADN prévues aux art. 487.04 à 487.09 du *Code criminel* violent les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès conclut que les dispositions contestées sont constitutionnelles et que la preuve génétique est admissible au procès. L'accusé est déclaré coupable d'agression sexuelle, mais est acquitté pour ce qui est de l'exploitation sexuelle. La Cour d'appel confirme à la majorité la déclaration de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Les articles 487.04 à 487.09 du *Code criminel* sont constitutionnels. Il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'appréciation de la preuve par le juge du procès.

Le pourvoi porte sur la constitutionnalité des dispositions relatives aux mandats ADN prévues dans le *Code criminel*. Ces dispositions sont conformes à l'art. 8 de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire de faire une analyse fondée sur l'art. 7. C'est davantage dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 8 qu'il convient d'examiner les principes de justice fondamentale, dont le principe interdisant l'auto-incrimination, que mettraient en cause les fouilles et saisies de prélèvements pour analyse génétique. Le principe interdisant l'auto-incrimination limite la mesure dans laquelle une personne qui est accusée peut servir de source de renseignements sur ses propres agissements criminels. Les fouilles et saisies effectuées en application d'un mandat ADN mettent en cause le principe interdisant l'auto-incrimination. Il convient de prendre en considération le droit de l'accusé de ne pas s'auto-incriminer pour déterminer si un mandat ADN respecte l'art. 8 de la *Charte*.

The reasonable expectation of privacy protected by s. 8 requires assessing whether the public's interest in being left alone must give way to the government's interest in advancing its goals, notably law enforcement. Balancing these interests requires a system of prior authorization of a warrant by a decision maker capable of balancing the interests at stake and acting judicially. The DNA warrant scheme fulfills this requirement. The *Criminal Code* also restricts DNA warrants to designated offences and requires that the judge be satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant.

Generally, the DNA provisions appropriately balance the public interest in law enforcement and the rights of individuals to dignity, physical integrity, and to control the release of personal information about themselves. The state's interest in the scheme is significant. DNA evidence has enormous power as an investigative tool and may exonerate an accused. Effective law enforcement benefits society and law enforcement is interested in arriving at the truth in order to bring offenders to justice and to avoid wrongful convictions. With regard to privacy, although the taking of bodily samples under a DNA warrant clearly interferes with bodily integrity, under a properly issued warrant, the degree of offence to the physical integrity of the person is relatively modest. The requirement that a warrant shall include any terms and conditions advisable to ensure that the seizure is reasonable alleviates any concern that the collection of bodily substances constitutes an intolerable affront to the physical integrity of the person. The informational aspect of privacy is also clearly engaged by the taking of bodily samples under a DNA warrant, however the DNA samples are collected for a clearly articulated, limited purpose. Only non-coding DNA is used and DNA analysis is conducted solely to compare identifying information to an existing sample. The DNA warrant scheme also explicitly prohibits misuse of DNA information.

The *ex parte* nature of the proceedings does not render the legislation unconstitutional. It is not mandatory to proceed *ex parte* and *inter partes* hearings could unnecessarily draw out investigations. *Ex parte* proceedings are constitutionally acceptable as a norm because of the risk that a suspect might take steps to frustrate the execution of a warrant. There is also

L'attente raisonnable en matière de droit à la vie privée, qui est garantie par l'art. 8, exige que l'on détermine si le droit du public de ne pas être importuné doit céder le pas au droit du gouvernement de réaliser ses fins, en particulier d'assurer l'application de la loi. La pondération de ces intérêts requiert un système d'autorisation préalable de mandat par un décideur capable de pondérer les intérêts en jeu et d'agir judiciairement. Le régime de mandat ADN répond à cette exigence. Le *Code criminel* limite l'obtention des mandats ADN aux infractions désignées et exige que le juge soit convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice.

De façon générale, les dispositions relatives aux mandats ADN établissent un juste équilibre entre l'intérêt du public à ce que la loi soit appliquée et le droit des particuliers à la dignité et à l'intégrité physique ainsi que leur droit de contrôler la divulgation de renseignements personnels les concernant. L'intérêt de l'État pour le régime de mandat est important. La preuve génétique comme outil d'enquête a un énorme pouvoir et peut disculper un accusé. L'application efficace de la loi profite à l'ensemble de la société et les autorités chargées de l'application de la loi veulent découvrir la vérité afin de traduire les contrevenants en justice et d'éviter les condamnations injustifiées. Pour ce qui est du respect de la vie privée, bien que le prélèvement d'échantillons de substances corporelles en vertu d'un mandat ADN constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique, lorsqu'il s'effectue en vertu d'un mandat régulièrement délivré, l'importance de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne est relativement faible. L'exigence que le mandat énonce les modalités jugées indiquées pour assurer le caractère raisonnable de la saisie dissipe toute crainte que le prélèvement de substances corporelles constitue une atteinte intolérable à l'intégrité physique de la personne. Le droit à la vie privée dans le contexte informationnel est aussi clairement mis en cause par le prélèvement d'échantillons de substances corporelles dans le cadre de l'exécution d'un mandat ADN, mais le prélèvement d'échantillons d'ADN vise un objectif limité, clairement défini. Seul l'ADN non codant est utilisé et l'analyse génétique sert uniquement à comparer des renseignements d'identification à un échantillon existant. Le régime de mandat ADN interdit expressément l'utilisation abusive de renseignements génétiques.

La nature *ex parte* des procédures ne rend pas les dispositions inconstitutionnelles. Le recours à la procédure *ex parte* n'est pas obligatoire et les audiences *inter partes* pourraient allonger inutilement les enquêtes. Les procédures *ex parte* sont constitutionnellement acceptables comme norme vu le risque que le suspect agisse de manière à compromettre la bonne exécution

no reason to import a constitutional imperative that DNA warrants should only be available as a last resort when the state cannot investigate effectively with less intrusive techniques. DNA searches are specific to an accused and may exonerate him early in the investigative process. Unnecessary warrants are prevented by the requirement that a warrant must be in the best interests of the administration of justice. Finally, the “reasonable grounds” standard that is appropriate for ordinary warrants is sufficient for DNA warrants. This standard is well recognized at law and there is no reason to adopt a higher standard for DNA warrants.

The principle against self-incrimination rests on the fundamental notion that the Crown must establish a case to meet without the compelled participation of the accused. The principle, however, has a limited scope and requires different things at different times. Determining the particular requirements of, and limits on, the principle against self-incrimination requires considering the principle’s underlying rationales to protect against (1) unreliable confessions or evidence and (2) abuse of power by the state. These two rationales indicate that the DNA warrant provisions do not violate the principle. First, DNA evidence is highly reliable. Second, although the adversarial nature of the relationship between the state and the individual and the degree of coercion in the present context are undoubtedly high, there are a number of safeguards to prevent abuse and the degree of physical and informational intrusion is limited. This is one of those cases where the factors favour the search for truth more than protecting the individual. The DNA warrant scheme is sensitive to the interests at play and provides for a reasonable search and seizure. The scheme therefore complies with s. 8 of the *Charter*.

There is no basis upon which to interfere with the trial judge’s assessment of the expert evidence. The DNA expert’s reliance on the international guidelines was within her scope of expertise and it was open to the accused to challenge her on that issue. Absent a challenge, she was entitled to refer to the guidelines. Although the record offers little information about the international guidelines, the evidence was tested according to the normal processes of the adversarial system. The trial judge was alive to his obligations to weigh the evidence carefully and appropriately. His verdict was not based solely on the DNA results.

du mandat. Il n’y a non plus aucune raison d’importer, comme impératif constitutionnel, l’exigence que les mandats ADN devraient être uniquement un outil de dernier recours, lorsque l’État ne peut enquêter efficacement avec des techniques moins attentatoires. Les fouilles et perquisitions pour l’analyse génétique ne concernent que l’accusé et peuvent le disculper dès le début de l’enquête. L’exigence que la délivrance du mandat serve au mieux l’administration de la justice empêche qu’il y ait des mandats inutiles. Enfin, la norme des motifs raisonnables, appropriée pour les mandats ordinaires, est suffisante pour les mandats ADN. Cette norme est bien établie en droit et il n’y a aucune raison d’adopter une norme plus exigeante dans le cas des mandats ADN.

Le principe interdisant l’auto-incrimination repose sur la notion fondamentale que le ministère public a le fardeau de faire une preuve complète sans la participation forcée de l’accusé. Toutefois, ce principe a une portée limitée et exige différentes choses à différents moments. L’identification des exigences particulières du principe interdisant l’auto-incrimination ainsi que de ses limites nécessite un examen de ses fondements, à savoir (1) la protection contre les confessions ou la preuve indignes de foi et (2) la protection contre les abus de pouvoir de l’État. Il ressort de l’analyse de ces deux fondements que les dispositions relatives aux mandats ADN ne violent pas ce principe. Premièrement, la preuve génétique est extrêmement fiable. Deuxièmement, bien qu’il ne fasse aucun doute qu’en l’espèce la relation entre l’État et la personne visée est nettement accusatoire et que le degré de coercition est élevé, il existe des garanties visant à empêcher des abus et le degré d’intrusion sur le plan physique et sur le plan de l’information est faible. C’est l’un des cas où les facteurs militent plus en faveur de la recherche de la vérité qu’en faveur de la protection de l’individu. Le régime de mandat ADN tient compte des intérêts en jeu et assure le caractère non abusif de la fouille et de la saisie. Il est donc conforme à l’art. 8 de la *Charte*.

Rien ne justifie l’intervention dans l’appréciation du témoignage d’expert par le juge du procès. C’était dans les limites de la compétence de l’experte en ADN de se fier à des lignes directrices internationales. L’accusé avait tout loisir de la contester sur cette question. Faute d’une telle contestation, elle avait le droit de citer les lignes directrices. Même si on ne trouve guère au dossier de renseignements sur les lignes directrices internationales, le témoignage de l’experte a été apprécié selon les procédures normales du système accusatoire. Le juge du procès savait qu’il était tenu d’apprécier soigneusement et convenablement le témoignage de l’experte. Son verdict n’était pas fondé uniquement sur les résultats de l’analyse génétique.

Cases Cited

Referred to : *R. v. Brighteyes* (1997), 199 A.R. 161; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Re Laporte and The Queen* (1972), 29 D.L.R. (3d) 651; *R. v. F. (S.)* (2000), 141 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 [am. 1995, c. 27], ss. 153(1)(a), 186(1)(b), 271, 487.04, 487.05, 487.051 to 487.058, 487.06, 487.07, 487.071, 487.08, 487.09, 487.091, 572, 579, 795.
DNA Identification Act, S.C. 1998, c. 37, s. 3.

Authors Cited

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 43, November 25, 1998, p. 43:46.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [2001] 11 W.W.R. 525, 157 C.C.C. (3d) 510, 47 C.R. (5th) 115, 293 A.R. 1, 257 W.A.C. 1, 96 Alta. L.R. (3d) 31, [2001] A.J. No. 1202 (QL), 2001 ABCA 235, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench, [1999] A.J. No. 1602 (QL). Appeal dismissed.

Larry G. Anderson, Q.C., and *Laura K. Stevens*, for the appellant.

Arnold Schlayer, for the respondent.

Roslyn J. Levine, Q.C., and *Moiz Rahman*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michal Fairburn and *Janet Gallin*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Joanne Marceau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

John J. Walsh, Q.C., and *Pierre Gionet*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Brighteyes* (1997), 199 A.R. 161; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Re Laporte and The Queen* (1972), 29 D.L.R. (3d) 651; *R. c. F. (S.)* (2000), 141 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 [mod. 1995, ch. 27], art. 153(1)a), 186(1)b), 271, 487.04, 487.05, 487.051 à 487.058, 487.06, 487.07, 487.071, 487.08, 487.09, 487.091, 572, 579, 795.
Loi sur l'identification par les empreintes génétiques, L.C. 1998, ch. 37, art. 3.

Doctrine citée

Canada. Sénat. *Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n° 43, 25 novembre 1998, p. 43:46.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [2001] 11 W.W.R. 525, 157 C.C.C. (3d) 510, 47 C.R. (5th) 115, 293 A.R. 1, 257 W.A.C. 1, 96 Alta. L.R. (3d) 31, [2001] A.J. No. 1202 (QL), 2001 ABCA 235, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine, [1999] A.J. No. 1602 (QL). Pourvoi rejeté.

Larry G. Anderson, c.r., et *Laura K. Stevens*, pour l'appellant.

Arnold Schlayer, pour l'intimée.

Roslyn J. Levine, c.r., et *Moiz Rahman*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michal Fairburn et *Janet Gallin*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joanne Marceau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

John J. Walsh, c.r., et *Pierre Gionet*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

This appeal concerns the constitutionality of the DNA warrant provisions contained in ss. 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. For the reasons below, I have concluded that ss. 487.04 to 487.09 conform with the constitutional requirements of a reasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is no need to engage in a separate s. 7 analysis. The appeal also raises an issue regarding the weight to be given to the evidence of the DNA expert, in light of her reliance on extrinsic information. I am of the view that the trial judge was correct in admitting the expert's evidence and that he was entitled to give it the weight that he thought appropriate. Accordingly, I would dismiss the appeal.

Before turning to the facts and arguments under appeal, I begin by outlining the structure of the DNA warrant provisions. A clear understanding of the detailed procedure set out under the DNA warrant scheme will assist in the subsequent interpretation of the constitutional arguments being advanced by the parties. For ease of reference, the appendix to these reasons contains all of the relevant provisions.

A. *The DNA Warrant Provisions*

The *Criminal Code* contains two sets of provisions dealing with the collection and use of DNA evidence. The first, which is at issue in this appeal, is a series of provisions which regulate the search and seizure of DNA materials for investigative purposes. The second set of provisions, which is not at issue here, governs the collection of DNA evidence from convicted persons, and the maintenance of a national DNA data bank. I will return briefly to the DNA data bank below. But first, I will describe in detail the workings of the provisions dealing with the issuance of search warrants in the context of a criminal investigation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le pourvoi porte sur la constitutionnalité des dispositions relatives aux mandats ADN prévues aux art. 487.04 à 487.09 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les art. 487.04 à 487.09 respectent les exigences constitutionnelles concernant les fouilles, perquisitions et saisies non abusives au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'est pas nécessaire de faire une analyse distincte fondée sur l'art. 7. Le pourvoi soulève également la question de la valeur du témoignage de l'experte en ADN, étant donné qu'elle s'est fiée à de l'information extrinsèque. J'estime que le juge du procès a eu raison d'admettre le témoignage de l'experte et qu'il avait le droit de lui accorder l'importance qu'il jugeait à propos. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Avant d'analyser les faits et les prétentions faisant l'objet du pourvoi, j'exposerai la structure des dispositions relatives aux mandats ADN. Une bonne compréhension de la procédure détaillée prévue dans le régime de mandat ADN sera utile dans l'interprétation des prétentions d'ordre constitutionnel avancées par les parties. Par souci de commodité, l'ensemble des dispositions pertinentes sont jointes en annexe aux présents motifs.

A. *Les dispositions relatives aux mandats ADN*

Le *Code criminel* comprend deux ensembles de dispositions sur la collecte et l'utilisation de la preuve génétique. Le premier, en cause en l'espèce, est une série de dispositions régissant la fouille et la saisie de matériel génétique à des fins d'enquête. Le second, qui n'est pas en cause ici, régit la collecte de la preuve génétique auprès des personnes reconnues coupables et la constitution d'une banque nationale de données génétiques. Je reparlerai succinctement plus loin de la banque de données génétiques. Mais d'abord, je décrirai en détail les rouages des dispositions qui traitent de la délivrance de mandats de perquisition dans le contexte d'une enquête criminelle.

1

2

3

B. *The Issuance of the DNA Warrant*

4

Sections 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code* deal with the issuance of search warrants for the purpose of seizing bodily substances for forensic DNA testing. The process of obtaining a DNA warrant is commenced under s. 487.05 by a sworn information presented *ex parte* to a provincial court judge, who can only grant the warrant if there are reasonable grounds to believe:

- (a) that a designated offence has been committed (importantly, the offences for which one can obtain a DNA warrant are limited to predominantly serious violent and sexual offences listed in s. 487.04);
- (b) that a bodily substance has been found at the place where the offence was committed, on or within the body of the victim, on anything worn or carried by the victim or on or within the body of any person or thing or at any place associated with the commission of the offence;
- (c) that the person targeted by the warrant was a party to the offence; and
- (d) that forensic DNA analysis of a bodily substance from that person will provide evidence about whether the bodily substance referred to in (b) was from that person.

Additionally, the judge must be satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant (s. 487.05(1)).

5

Section 487.05(2) provides that in considering whether to issue the warrant, the judge must also consider “all relevant matters”, including but not limited to:

- (a) the nature of the designated offence and the circumstances of its commission; and
- (b) whether there is a peace officer or other person under the direction of a peace officer, who is qualified (by training or experience) to collect the bodily substance (s. 487.05(2)).

B. *La délivrance des mandats ADN*

Les articles 487.04 à 487.09 du *Code criminel* traitent de la délivrance de mandats de perquisition autorisant la saisie de substances corporelles pour analyse génétique. Aux termes de l’art. 487.05, le processus d’obtention d’un mandat ADN commence par la présentation *ex parte* d’une dénonciation faite sous serment à un juge de la cour provinciale, lequel ne peut délivrer le mandat que s’il existe des motifs raisonnables de croire :

- a) qu’une infraction désignée a été perpétrée (soulignons que les infractions pour lesquelles on peut obtenir un mandat ADN se limitent aux infractions ayant un caractère particulièrement violent et aux infractions d’ordre sexuel énumérées à l’art. 487.04);
- b) qu’une substance corporelle a été trouvée sur le lieu de l’infraction, sur la victime ou à l’intérieur du corps de celle-ci, sur ce qu’elle portait ou transportait ou sur une personne ou à l’intérieur du corps d’une personne, sur une chose ou à l’intérieur d’une chose ou en des lieux, liés à la perpétration de l’infraction;
- c) que la personne visée par le mandat a participé à l’infraction;
- d) que l’analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves selon lesquelles la substance corporelle visée à l’al. b) provient ou non de cette personne.

De plus, le juge doit être convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l’administration de la justice (par. 487.05(1)).

Le paragraphe 487.05(2) prévoit que, pour décider s’il décerne le mandat, le juge tient aussi compte de « tous les éléments pertinents », notamment :

- a) la nature de l’infraction et les circonstances de sa perpétration;
- b) la possibilité d’avoir un agent de la paix — ou toute autre personne sous son autorité — qui, de par sa formation ou son expérience, peut effectuer le prélèvement de la substance corporelle (par. 487.05(2)).

Section 487.05(3) now permits a warrant to be issued on an information submitted by telephone or other means of telecommunication where a peace officer believes it would be impracticable to appear personally before a judge.

C. *The Execution of the Warrant*

The investigative procedures to be used in taking samples are delineated in s. 487.06(1). The following means may be used to take bodily samples:

- (a) the plucking of individual hairs including the root sheath (this includes the plucking of pubic hairs, as is suggested in the French version of the provision by the use of the word *poils*);
- (b) the taking of buccal swabs by swabbing the lips, tongue and inside cheeks of the mouth; and
- (c) the taking of blood by pricking the skin surface with a sterile lancet.

Section 487.06(2) additionally requires that a warrant include any terms and conditions that the provincial court judge “considers advisable to ensure that the seizure of a bodily substance authorized by the warrant is reasonable in the circumstances”.

Before executing the warrant, a peace officer must inform the person from whom the sample will be taken of five matters (six in the case of a young person), namely:

- (a) the contents of the warrant;
- (b) the nature of the investigative procedure by which the samples are to be taken;
- (c) the purpose of taking the samples;
- (d) the authority to use as much force as is necessary in executing the warrant;
- (e) the possibility that the results of the DNA analysis may be used in evidence (s. 487.07(1)). (The additional rights of a young person are outlined under s. 487.07(4).)

Le paragraphe 487.05(3) prévoit maintenant qu’un mandat peut être décerné sur le fondement d’une dénonciation transmise par téléphone ou autre moyen de télécommunication lorsque l’agent de la paix considère qu’il serait peu commode de se présenter en personne devant un juge.

C. *L’exécution du mandat*

Les procédures d’enquête à suivre pour le prélèvement d’échantillons sont énoncées au par. 487.06(1). L’obtention d’échantillons de substances corporelles peut se faire par prélèvement :

- a) de cheveux ou de poils comportant la gaine épithéliale (cela comprend les poils pubiens);
- b) de cellules épithéliales par écouvillonnage des lèvres, de la langue ou de l’intérieur des joues;
- c) de sang au moyen d’une piqûre à la surface de la peau avec une lancette stérilisée.

Le paragraphe 487.06(2) exige de plus que le mandat énonce les modalités que le juge de la cour provinciale « estime opportunes pour que la saisie soit raisonnable dans les circonstances ».

Avant d’exécuter le mandat, l’agent de la paix est tenu d’informer l’intéressé des cinq éléments suivants (six dans le cas d’un adolescent) :

- a) la teneur du mandat;
- b) la nature du prélèvement;
- c) le but du prélèvement;
- d) son pouvoir d’employer la force nécessaire pour exécuter le mandat;
- e) la possibilité que les résultats de l’analyse génétique soient présentés en preuve (par. 487.07(1)). (Les droits additionnels de l’adolescent sont prévus au par. 487.07(4).)

6

7

8

9

10 The person from whom the bodily samples are being obtained may be detained for a period that is reasonable in the circumstances and may be required to accompany a peace officer for that purpose (s. 487.07(2)).

11 Section 487.07(3) mandates that the privacy of the person be respected in a manner that is reasonable in the circumstances.

12 In the case of a young person against whom a warrant is executed, in addition to any rights arising from detention (s. 487.07(2)), the minor has the right to a reasonable opportunity to consult with and have present at the time the warrant is executed, counsel and a parent or person in lieu of a parent (s. 487.07(4)). A young person may waive these rights, but such a waiver must be recorded on audio or video tape or otherwise or made in writing with a statement signed by the minor that he or she has been informed of the right being waived (s. 487.07(5)).

D. *The Use of the Seized DNA Materials*

13 Section 487.08(1) restricts the use of bodily substances collected under a warrant except for forensic DNA analysis in the course of an investigation. “[F]orensic DNA analysis” is defined in s. 487.04 as the comparison of the DNA of the bodily substance from a person in execution of a warrant with the results of the DNA in the bodily substance referred to in s. 487.05(1)(b). The definition also includes “any incidental tests associated with that analysis”. The exact scope of these incidental tests remains for future cases to determine. However, I am inclined to believe, particularly after examining the French version of the provision which states, “*y compris tout examen utile à cette fin*”, that what is authorized is simply the furtherance of the “forensic DNA analysis”. That is, those tests that may be useful in advancing the matching of the two samples, and nothing more, are permitted. Furthermore, the results of such DNA analysis may only be used in the course of an investigation of the designated offence (s. 487.08(2)). Contravention of either subs. (1) or subs. (2) is an offence punishable on summary conviction (s. 487.08(3)).

L’intéressé peut, aux fins de prélèvement, être détenu pendant la période que justifient les circonstances et contraint d’accompagner tout agent de la paix (par. 487.07(2)).

Le paragraphe 487.07(3) exige que l’on veille à respecter autant que faire se peut la vie privée de l’intéressé.

Dans le cas d’un adolescent, en plus des droits relatifs à sa détention pour l’exécution du mandat (par. 487.07(2)), le mineur a le droit de se voir donner la possibilité de consulter un avocat et soit son père ou sa mère ou une personne en tenant lieu, et le droit d’exiger que le mandat soit exécuté en présence d’une telle personne (par. 487.07(4)). Il peut renoncer à ces droits, mais la renonciation doit soit être enregistrée, notamment sur bande audio ou vidéo, soit être faite par écrit et comporter une déclaration signée par lui attestant qu’il a été informé des droits auxquels il renonce (par. 487.07(5)).

D. *L’utilisation du matériel génétique saisi*

Le paragraphe 487.08(1) limite l’utilisation des substances corporelles prélevées en vertu d’un mandat à l’analyse génétique dans le cadre d’une enquête. L’« analyse génétique » est définie à l’art. 487.04 comme étant la comparaison de l’ADN de la substance corporelle prélevée en exécution d’un mandat avec les résultats de l’analyse de l’ADN de la substance corporelle visée à l’al. 487.05(1)b). Est comprise dans la définition « tout examen utile à cette fin ». La jurisprudence aura à préciser l’étendue exacte de ces examens utiles. Toutefois, j’ai tendance à croire, surtout après avoir examiné l’expression « y compris tout examen utile à cette fin », que n’est autorisé que ce qui est utile à la réalisation de l’« analyse génétique ». C’est-à-dire que seules sont autorisées les analyses pouvant servir à établir une correspondance entre les deux échantillons. De plus, les résultats de l’analyse génétique ne peuvent être utilisés que dans le cadre d’une enquête relative à l’infraction désignée (par. 487.08(2)). La contravention aux par. (1) ou (2) constitue une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire (par. 487.08(3)).

The unauthorized use of bodily substances is also prohibited through s. 487.09, which states that both the bodily substance and the test results shall be destroyed (or now, in the case of results in electronic form, access to those results shall be permanently removed) without delay:

- (a) if the results are negative (that is, the two samples do not match);
- (b) if the person is acquitted of the designated offence and any other offence in respect of the same transaction;
- (c) upon the expiration of one year after
 - (i) the person is discharged at a preliminary hearing;
 - (ii) a dismissal or withdrawal of the information, other than an acquittal;
 - (iii) a stay under s. 579 alone, or s. 579 and s. 572 or s. 795,

unless during that year a new information is laid or an indictment is preferred charging the person with a designated offence or any other offence in respect of the same transaction or the proceeding is recommenced.

Section 487.09(2) provides an exception permitting a provincial court judge to order that neither the bodily substance nor the test results be destroyed for any period that the judge considers appropriate if satisfied that they might reasonably be required in an investigation or prosecution of:

- (1) the same person for another designated offence; or
- (2) another person for the original designated offence or any other offence in respect of the same transaction.

Amendments to the DNA warrant provisions in 1998 require that bodily substances that are provided voluntarily by a person and the results of the DNA analysis shall be destroyed (or in the case of results

L'utilisation non autorisée de substances corporelles est également interdite par l'art. 487.09, qui dispose que les substances corporelles et les résultats de l'analyse génétique sont détruits (ou maintenant, dans le cas de résultats sur support électronique, rendus inaccessibles une fois pour toutes) sans délai dans les cas suivants :

- a) les résultats sont négatifs (c'est-à-dire que les deux échantillons ne sont pas identiques);
- b) la personne est acquittée de l'infraction désignée et de toute autre infraction qui découle de la même affaire;
- c) un an après les faits suivants, il n'y a pas de reprise des procédures, de nouvelle dénonciation ou de nouvel acte d'accusation relatif à l'infraction désignée ou à toute autre infraction qui découle de la même affaire au cours de cette année :
 - (i) la libération de la personne au terme de l'enquête préliminaire;
 - (ii) le rejet ou le retrait de la dénonciation, autrement que par acquittement;
 - (iii) la suspension des procédures en application du seul art. 579, ou des art. 579 et 572 ou 795.

Le paragraphe 487.09(2) prévoit une exception autorisant un juge de la cour provinciale à ordonner le report de la destruction pour la période qu'il estime indiquée, s'il est convaincu que les substances corporelles et les résultats pourraient être nécessaires aux fins d'une enquête ou d'une poursuite relative :

- (1) soit à la personne visée pour une autre infraction désignée;
- (2) soit à une autre personne pour l'infraction désignée ou pour toute autre infraction qui découle de la même affaire.

Aux termes des modifications apportées en 1998 aux dispositions relatives aux mandats ADN, les substances corporelles fournies volontairement par une personne et les résultats de

14

15

16

in electronic form, access to those results shall be permanently removed) without delay if the results establish that the bodily substance referred to in s. 487.05(1)(b) was not from that person. In addition, where a bodily substance is provided voluntarily in the course of an investigation, the definition of “forensic DNA analysis” is limited, and does not include any “incidental tests” (s. 487.04(b)).

17 As indicated earlier, the DNA warrant provisions are different from, though related to, the DNA data bank provisions of the *Criminal Code* found in ss. 487.051-487.058, s. 487.071 and s. 487.091. The DNA data bank provisions, which should be read in conjunction with the *DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37, are not at issue in this appeal. For clarity’s sake, however, and because the two DNA schemes are intermingled, it is useful to briefly distinguish the DNA data bank provisions.

18 The purpose of the DNA data bank is to help law enforcement agencies identify persons alleged to have committed designated offences (s. 3 of the *DNA Identification Act*). The data bank consists of a crime scene index containing DNA profiles (the results of forensic DNA analysis) derived from bodily substances found in places associated with the commission of certain types of serious offences, and a convicted offenders index containing DNA profiles obtained from persons convicted or discharged of those types of offences.

19 Like the DNA warrant provisions, the DNA data bank scheme applies only to designated offences set out in s. 487.04, which consist primarily of violent and sexual offences that might involve the

l’analyse génétique y afférente doivent être détruits (ou, dans le cas de résultats sur support électronique, rendus inaccessibles une fois pour toutes) dès que ceux-ci indiquent que la substance visée à l’al. 487.05(1)(b) ne provient pas de cette personne. De plus, lorsqu’une substance corporelle est fournie à titre volontaire dans le cadre d’une enquête, la définition d’« analyse génétique » est limitée et ne comprend pas tout « examen utile » (al. 487.04b)).

Comme je l’ai dit précédemment, les dispositions relatives aux mandats ADN sont différentes des dispositions sur la banque de données génétiques figurant dans le *Code criminel* aux art. 487.051-487.058, à l’art. 487.071 et à l’art. 487.091, bien qu’elles y soient reliées. Les dispositions sur la banque de données génétiques, qui doivent être lues de concert avec la *Loi sur l’identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37, ne sont pas en litige en l’espèce. Toutefois, pour faciliter la compréhension et parce que les deux ensembles de dispositions relatives à l’analyse génétique se recoupent, il est utile de souligner brièvement les différences qui caractérisent les dispositions sur la banque de données génétiques.

La banque de données génétiques est destinée à aider les organismes chargés du contrôle d’application de la loi à identifier les auteurs présumés d’infractions désignées (*Loi sur l’identification par les empreintes génétiques*, art. 3). Elle comporte un fichier de criminalistique où figurent les profils d’identification génétique (les résultats des analyses génétiques) établis à partir de substances corporelles trouvées sur tout lieu lié à la perpétration de certains types d’infractions graves, ainsi qu’un fichier des condamnés contenant les profils d’identification génétique obtenus grâce aux substances corporelles prélevées sur des personnes déclarées coupables ou absoutes de ces types d’infractions.

Tout comme les dispositions relatives aux mandats ADN, les dispositions relatives à la banque de données génétiques ne s’appliquent qu’aux infractions désignées énumérées à l’art. 487.04,

loss or exchange of bodily substances that could be used to identify the perpetrator through DNA analysis.

The *Criminal Code* authorizes the collection of bodily substances from offenders who meet clearly defined criteria and who are currently serving sentences (s. 487.051) and from whom DNA profiles can be derived for inclusion in the DNA data bank.

I turn now to the specifics of this appeal.

II. Facts

The appellant, S.A.B., was accused of the sexual assault and sexual exploitation of a 14-year-old girl pursuant to ss. 271 and 153(1)(a) of the *Criminal Code*. The indictment stemmed from incidents that took place in Hinton, Alberta, around July of 1996. A few months following the alleged sexual assault, the young complainant discovered that she was pregnant at which point she advised her mother that the appellant, S.A.B., who had been living with the complainant's family for several months, had sexually assaulted her. The complainant had an abortion and the police seized the fetal tissue for DNA testing.

Pursuant to an *ex parte* warrant authorizing the seizure of a blood sample under ss. 487.04 to 487.09, the police seized a blood sample from the appellant and conducted DNA analysis. Typically, forensic DNA analysis will compare two samples of DNA to determine if they match. In this case, the forensic DNA analysis compared the appellant's blood sample with the fetal tissue (the combined DNA of the complainant and the accused) taken from within the complainant's body in order to confirm or deny that the appellant had fathered the fetus. Essentially, a paternity test was conducted with the appellant's DNA. Such use of the DNA is contemplated by the legislation per s. 487.05(1)(b)(ii). The appellant was arrested and charged with sexual assault. At trial, the appellant sought a declaration that the DNA warrant

lesquelles consistent principalement en des infractions à caractère violent et des infractions d'ordre sexuel dans la perpétration desquelles il peut y avoir perte ou échange de substances corporelles pouvant servir à identifier l'auteur des infractions par analyse génétique.

Le *Code criminel* autorise le prélèvement de substances corporelles sur des contrevenants qui répondent aux critères clairement définis et qui purgent actuellement des peines (art. 487.051), à partir desquels seront établis des profils d'identification génétique destinés à la banque de données.

J'examine maintenant les questions spécifiques soulevées en l'espèce.

II. Les faits

L'appelant, S.A.B., est accusé d'avoir agressé et exploité sexuellement une jeune fille de 14 ans, infractions prévues à l'art. 271 et à l'al. 153(1)a) du *Code criminel*. La mise en accusation découle d'incidents survenus vers juillet 1996 à Hinton, en Alberta. Quelques mois après l'agression sexuelle reprochée, la jeune plaignante découvre qu'elle est enceinte et c'est alors qu'elle informe sa mère que l'appelant, S.A.B., qui vivait avec la famille de la plaignante depuis plusieurs mois, l'a agressée sexuellement. La plaignante se fait avorter et la police saisit le tissu foetal pour l'analyse génétique.

Conformément à un mandat *ex parte* autorisant la saisie d'un échantillon de sang en vertu des art. 487.04 à 487.09, la police saisit un échantillon de sang de l'appelant et effectue une analyse génétique. Généralement, l'analyse génétique compare deux échantillons pour vérifier s'ils sont identiques. En l'espèce, l'analyse génétique compare l'échantillon de sang de l'appelant avec le tissu foetal (qui comprend l'ADN de la plaignante et celui de l'accusé) prélevé à l'intérieur du corps de la plaignante afin de confirmer ou d'infirmer que l'appelant est le père du foetus. Essentiellement, un test de paternité est effectué avec l'ADN de l'appelant. Une telle utilisation de l'ADN est prévue par la loi au sous-al. 487.05(1)(b)(ii). L'appelant est arrêté et accusé d'agression sexuelle. Au procès, il demande à la

20

21

22

23

provisions in ss. 487.04 to 487.09 violate ss. 7 and 8 of the *Charter*.

24

During the trial, evidence was presented that five of the seven DNA samples taken from the appellant were conclusive and established the probability that S.A.B. was not the father of the fetus to be 1 in 10 million. The sixth test sample was damaged and yielded inconclusive results. The seventh sample did not match the appellant's DNA. This non-matching sample was determined by the Crown DNA expert to be a mutation and was therefore disregarded. The DNA expert, Dr. Szakacs, testified that "mutations are well documented in paternity testing, and the international guidelines state that at least two exclusions have to be noted before parental exclusion can be determined". No evidence was given as to the nature of the international guidelines referred to. If the non-matching sample was not a mutation, there would be no possibility that the accused was the father of the fetus. The appellant argued that the opinion evidence of the DNA expert lacked a factual foundation.

III. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench*, [1999] A.J. No. 1602 (QL)

25

Murray J. relied on his analysis in *R. v. Brighteyes* (1997), 199 A.R. 161 (Q.B.), wherein counsel advanced largely the same constitutional challenge to ss. 487.04 to 487.09, and found that the DNA provisions did not violate s. 8. Murray J. found that the provisions violated s. 7 because they involved the coercive taking of conscriptive evidence, but he went on to find the provisions justified under s. 1.

26

An objection raised against the DNA provisions that had not been raised in *Brighteyes*, *supra*, concerned the *ex parte* nature of the DNA warrants. The appellant argued that it was a well-established

cour de déclarer que les dispositions relatives aux mandats ADN prévues aux art. 487.04 à 487.09 violent les art. 7 et 8 de la *Charte*.

Selon la preuve présentée au procès, cinq des sept échantillons d'ADN prélevés sur l'appelant sont concluants et permettent d'établir que la probabilité que S.A.B. ne soit pas le père du fœtus est de un sur dix millions. Le sixième échantillon, endommagé, donne des résultats non concluants. Le septième échantillon ne correspond pas à l'ADN de l'appelant. Cette empreinte génétique différente est, selon l'experte en ADN du ministère public, le D^r Szakacs, une mutation et est donc écartée. Dans son témoignage, l'experte déclare que les [TRADUCTION] « mutations sont bien documentées en matière de test de paternité et les lignes directrices internationales mentionnent qu'il faut relever au moins deux exclusions avant de conclure à l'absence de parenté ». Aucun élément de preuve n'est produit quant à la nature des lignes directrices internationales invoquées. Si l'empreinte génétique différente n'est pas une mutation, il serait impossible que l'accusé soit le père du fœtus. L'appelant prétend que le témoignage de l'experte en ADN ne repose sur aucun fondement factuel.

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*, [1999] A.J. No. 1602 (QL)

Le juge Murray se fonde sur l'analyse qu'il a effectuée dans l'affaire *R. c. Brighteyes* (1997), 199 A.R. 161 (B.R.), où l'avocat de la défense a fait valoir dans une large mesure la même contestation de la constitutionnalité des art. 487.04 à 487.09, et conclut que les dispositions relatives à l'analyse génétique ne violent pas l'art. 8. Il estime qu'elles contreviennent à l'art. 7 parce qu'elles prévoient l'obtention par la force d'une preuve par mobilisation de l'accusé contre lui-même, mais conclut qu'elles sont justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'une des objections soulevées contre les dispositions relatives à l'analyse génétique, mais qui ne l'a pas été dans *Brighteyes*, précité, concerne la nature *ex parte* des mandats ADN. L'appelant prétend que

principle of natural justice that a decision affecting a person's fundamental interests should not be made without giving that person notice and an opportunity to be heard. As such, S.A.B. argued that the words "*ex parte*" should be read out of s. 487.05(1) and words requiring notice should be read in. Murray J. held that s. 487.05(1) does not deprive a judge of the option of requiring notice and that an issuing judge may find it advisable to make notice a condition of the warrant in order to ensure reasonableness and fairness in the circumstances. Murray J. noted that the DNA provisions included a number of protections for the suspect, and that an accused would have an opportunity to be heard in a *voir dire* on whether the evidence could be used at trial. In his view, the legislation appropriately balanced the interests of the state and of the individual.

Murray J. rejected the appellant's request for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. He dismissed several other arguments made by the appellant that the DNA warrant provisions were defective. Some of these arguments are not before this Court. Murray J. held that the DNA warrant issued in the present case was valid and that both the supporting information and the judge's discretion to issue the warrant were not flawed. He held that the appellant's *Charter* rights had not been infringed and that the DNA evidence was admissible at trial. In March of 1999, the appellant was convicted of sexual assault and sentenced to six years of incarceration. He was found not guilty of sexual exploitation.

B. *Alberta Court of Appeal* (2001), 96 Alta. L.R. (3d) 31, 2001 ABCA 235

(1) Russell J.A., for the majority

Russell J.A. agreed with the trial judge's conclusion that the DNA provisions did not offend s. 8. She held that reasonable grounds was an appropriate standard to justify a search and seizure of substances from the human body. The internal

selon un principe bien établi de justice naturelle, une décision qui affecte les intérêts fondamentaux d'une personne ne doit pas être prise sans que l'on ait avisé l'intéressé et qu'on lui ait donné la possibilité de se faire entendre. À ce titre, S.A.B. soutient qu'il faut lire le par. 487.05(1) en faisant abstraction du terme « *ex parte* » et en le remplaçant par une prescription de l'envoi d'un préavis. Le juge Murray conclut que le par. 487.05(1) ne prive pas un juge de la possibilité d'exiger un préavis et reconnaît que le juge saisi de la demande de mandat peut estimer opportun de faire du préavis un préalable à sa délivrance afin d'en garantir le caractère juste et raisonnable eu égard aux circonstances. Le juge Murray souligne que les dispositions relatives à l'analyse génétique offrent au suspect un certain nombre de protections et que l'accusé aurait, lors d'un *voir-dire*, la possibilité d'être entendu sur la question de l'admissibilité de la preuve au procès. À son avis, la loi a établi un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu.

Le juge Murray rejette la demande de réparation faite par l'appelant en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Il rejette plusieurs autres de ses prétentions touchant les lacunes des dispositions sur les mandats ADN. Certaines de ces prétentions ne sont pas soumises à la Cour. Le juge Murray statue que le mandat ADN délivré en l'espèce est valide et que la dénonciation à l'appui ainsi que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de décerner le mandat ne sont pas viciés. Il conclut qu'il n'y a pas eu atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'appelant et que la preuve génétique est admissible au procès. En mars 1999, l'appelant est déclaré coupable d'agression sexuelle et condamné à une peine d'emprisonnement de six ans. Il est déclaré non coupable d'exploitation sexuelle.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (2001), 96 Alta. L.R. (3d) 31, 2001 ABCA 235

(1) La juge Russell, au nom de la majorité

La juge Russell conclut comme le juge du procès que les dispositions relatives à l'analyse génétique ne violent pas l'art. 8. Elle estime que l'existence de motifs raisonnables constitue une norme appropriée pour justifier la fouille et la saisie de

safeguards in the legislation ensured that any special concerns related to the bodily integrity and privacy of the suspect would be taken into account in the issuance of the warrant. Necessity did not have to be an explicit precondition to issuing a warrant. The *ex parte* nature of the proceedings was constitutionally acceptable because of the risk that a suspect would flee the jurisdiction. Considering the legislation as a whole, and the numerous safeguards it included, the DNA warrant provisions provided for reasonable searches and seizures.

substances corporelles. Les protections prévues dans la loi garantissent que l'on tiendra compte de toute préoccupation particulière quant à l'intégrité corporelle et au respect de la vie privée du suspect, au moment de décerner le mandat. La nécessité n'a pas à être une condition préalable explicite à sa délivrance. La nature *ex parte* des procédures est acceptable sur le plan constitutionnel vu le risque de voir le suspect s'esquiver. Compte tenu de la loi dans son ensemble et des nombreuses protections qui y sont prévues, les dispositions relatives aux mandats ADN assurent le caractère non abusif des fouilles, perquisitions et saisies.

29 Russell J.A. held that the trial judge had erred in finding that the legislation contravened s. 7 of the *Charter*. She applied *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, and held that the appellant failed to prove, on a balance of probabilities, that s. 7 had been infringed. She found that the principle against self-incrimination was not part of the s. 8 analysis and fell to be considered in connection with s. 7. Russell J.A. noted, however, that the principles of fundamental justice are not absolute, but must be interpreted contextually in light of all the relevant individual and societal interests. She found that the rationales supporting the principle against self-incrimination were not strongly implicated by the collection of DNA evidence.

La juge Russell conclut que le juge du procès a commis une erreur en décidant que les dispositions violent l'art. 7 de la *Charte*. Elle applique *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, et conclut que l'appelant n'a pas prouvé, selon la prépondérance des probabilités, l'atteinte à l'art. 7. Elle estime que le principe interdisant l'auto-incrimination ne fait pas partie de l'analyse fondée sur l'art. 8 et qu'il doit être examiné au regard de l'art. 7. Elle souligne cependant que les principes de justice fondamentale ne sont pas absolus, mais qu'ils doivent être interprétés en contexte d'après l'ensemble des intérêts individuels et sociaux pertinents. Elle conclut que les fondements du principe interdisant l'auto-incrimination ne sont pas vraiment mis en cause par la collecte de preuves génétiques.

30 Russell J.A. held that the standard of review of the judge's conclusion on the expert evidence was reasonableness. As long as the expert was properly qualified, her evidence was entitled to some weight. It was for the trial judge to decide how much weight to give it. Russell J.A. expressed some doubt about the way the non-matching sample was dealt with and the weight given to the expert's testimony, but she could not say that the verdict reached by the trial judge was unreasonable.

La juge Russell décide que la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à la conclusion du juge quant au témoignage de l'experte est celle du caractère raisonnable. Dans la mesure où l'experte est dûment qualifiée, son témoignage a une certaine valeur probante. Il incombe au juge du procès de décider du poids à lui accorder. La juge Russell exprime des doutes quant à la façon dont on a traité l'empreinte génétique différente et quant au poids accordé au témoignage de l'experte, mais elle n'est pas disposée à affirmer que le verdict du juge du procès est déraisonnable.

(2) Berger J.A., dissenting

(2) Le juge Berger, dissident

31 Berger J.A. was of the opinion that the standard of reasonable probability was constitutionally insufficient for this kind of search. The case law has

Le juge Berger estime que la norme de la probabilité raisonnable est insuffisante, du point de vue constitutionnel, pour justifier ce genre de fouille.

repeatedly recognized the especially invasive nature of searches involving interference with a person's bodily integrity. Given the severe compromise of individual interests, Berger J.A. argued that a DNA warrant should only be issued if a judge is convinced on a balance of probabilities by clear, cogent and compelling evidence that the information in support of the DNA warrant is justified. Berger J.A. would therefore have read this standard into the provisions. He held that the failure to apply such a high standard resulted in a violation of the principle against self-incrimination and raised a real or imminent deprivation of liberty and security of the person. According to Berger J.A., the DNA evidence, given its conscriptive nature, should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Berger J.A. was also of the opinion that no weight should have been given to the evidence of the DNA expert. The record should show that an expert's opinion was based, if not on evidence proved at trial, at least on evidence widely used and acknowledged as reliable by experts in the field. There was no information in the record about the provenance or reliability of the "international guidelines" referred to by the expert. The trial judge had relied on the expert's opinion to reach his conclusion, and it could not be said that he would have reached the same verdict had he not given weight to the expert's evidence. The constitutional issue apart, Berger J.A. would have ordered a new trial.

IV. Analysis

A. *The Principle Against Self-Incrimination*

The principle against self-incrimination imposes limits on the extent to which an accused person can be used as a source of information about his or her own criminal conduct. Lamer C.J. broadly defined the principle in *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 249, and Iacobucci J. reiterated it in *White, supra*, at para. 42:

La jurisprudence a reconnu à maintes reprises le caractère particulièrement envahissant des fouilles comportant une atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne. Vu l'importance de l'atteinte aux intérêts individuels, le juge Berger fait valoir qu'un juge ne devrait décerner un mandat ADN que s'il est convaincu par une preuve prépondérante claire, solide et convaincante que la dénonciation à l'appui du mandat est justifiée. Le juge Berger interpréterait donc les dispositions comme si elles comportaient cette norme. Il conclut que le défaut d'appliquer cette norme rigoureuse entraîne la violation du principe interdisant l'auto-incrimination et une atteinte réelle ou imminente à la liberté et à la sécurité de la personne. Selon lui, la preuve génétique, étant donné qu'elle est obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, aurait dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge Berger estime également que le juge du procès n'aurait dû accorder aucun poids au témoignage de l'experte en ADN. Le dossier devrait montrer que l'opinion d'un expert est fondée, si ce n'est sur des éléments de preuve établis au procès, au moins sur une preuve largement utilisée et reconnue pour sa fiabilité par les experts dans le domaine. Or le dossier ne renferme aucun renseignement concernant la provenance ou la fiabilité des « lignes directrices internationales » citées par l'experte. Le juge du procès s'est fié à l'opinion de l'experte pour tirer sa conclusion, et on ne peut affirmer qu'il aurait rendu le même verdict s'il n'avait accordé aucun poids à son témoignage. Abstraction faite de la question constitutionnelle, le juge Berger est d'avis d'ordonner un nouveau procès.

IV. Analyse

A. *Le principe interdisant l'auto-incrimination*

Le principe interdisant l'auto-incrimination limite la mesure dans laquelle l'accusé peut servir de source de renseignements sur ses propres agissements criminels. Le juge en chef Lamer donne une définition large de ce principe dans *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 249, et le juge Iacobucci la réitère dans *White*, précité, par. 42 :

32

33

Any state action that coerces an individual to furnish evidence against him- or herself in a proceeding in which the individual and the state are adversaries violates the principle against self-incrimination.

34

In *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 107, Iacobucci J. articulated that “the principle against self-incrimination may mean different things at different times and in different contexts” indicating that the principle is not absolute. The question of whether bodily samples constitute conscriptive evidence that raise the principle against self-incrimination was addressed in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. In that case the state had, without statutory authority or the appellant’s consent, searched and seized scalp and pubic hairs of a person in custody, and had taken dental impressions and buccal swabs from him. The majority of this Court did not differentiate between the oral testimony of the accused and the bodily substances or “real” evidence from the accused (*Stillman*, *supra*, at paras. 83-86). No distinction was drawn between products of the mind and products of the body with respect to the principle against self-incrimination.

35

In light of *Stillman*, *supra*, searches and seizures pursuant to a DNA warrant engage the principle against self-incrimination. However, the principles of fundamental justice that are alleged to be implicated by a DNA search and seizure, including the principle against self-incrimination, are more appropriately considered under a s. 8 analysis. Indeed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 159, Dickson J. (as he then was) noted that he would “be wary of foreclosing the possibility that the right to be secure against unreasonable search and seizure might protect interests beyond the right of privacy”. In *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 88, a majority of this Court held that it was appropriate to consider an accused’s right to full answer and defence in determining whether a search and seizure of a complainant’s therapeutic counselling records was reasonable. Similarly, in my view, it is proper to consider an accused’s right not to incriminate him- or herself in determining

Toute action de l’État qui contraint une personne à produire une preuve contre elle-même dans des procédures l’opposant à l’État viole le principe interdisant l’auto-incrimination.

Dans *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 107, le juge Iacobucci affirme que « le principe interdisant l’auto-incrimination peut être interprété différemment, à des époques et dans des contextes différents », signifiant par là que ce principe n’est pas absolu. La question de savoir si des échantillons de substances corporelles constituent une preuve obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même qui met en cause le principe interdisant l’auto-incrimination est examinée dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Dans cette affaire, sans y être autorisé par la loi et sans le consentement de l’appellant, l’État a fouillé l’appellant et saisi de ses cheveux et de ses poils pubiens, pris ses empreintes dentaires et fait des prélèvements dans sa bouche, le tout alors qu’il était détenu. Les juges majoritaires de la Cour n’ont pas fait de distinction entre le témoignage de vive voix de l’accusé et les substances corporelles ou la preuve « matérielle » provenant de l’accusé (*Stillman*, précité, par. 83-86). Aucune distinction n’a été faite entre les produits provenant de l’esprit et ceux provenant du corps d’une personne pour ce qui est du principe interdisant l’auto-incrimination.

Comme le montre l’arrêt *Stillman*, précité, les fouilles, perquisitions et saisies effectuées en vertu d’un mandat ADN font intervenir le principe interdisant l’auto-incrimination. Toutefois, c’est d’abord dans le cadre d’une analyse fondée sur l’art. 8 qu’il convient d’examiner les principes de justice fondamentale, dont le principe interdisant l’auto-incrimination, que mettraient en cause les fouilles et saisies de prélèvements pour analyse génétique. D’ailleurs, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 159, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) souligne qu’il « hésiterai[t] à exclure la possibilité que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d’autres droits que le droit à la vie privée ». Dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 88, les juges majoritaires de la Cour concluent qu’il convient de prendre en considération le droit de l’accusé à une défense pleine et entière pour déterminer si une fouille, perquisition ou saisie des dossiers

whether a DNA warrant complies with s. 8 of the *Charter*. I turn now to a more detailed analysis of the alleged infringement of s. 8 of the *Charter*.

B. Section 8

Section 8 of the *Charter* provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.” This Court has held that for a search to be reasonable it must be (a) authorized by law; (b) the law itself must be reasonable; and (c) the manner in which the search was carried out must be reasonable (*Stillman, supra*, at para. 25; *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, 2001 SCC 83; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265). This appeal concerns only the second requirement, that is, whether the statutory scheme providing for DNA warrants is reasonable.

The appellant advances three grounds of attack on the constitutionality of the DNA warrant provisions. Counsel argued that the balance between the individual and state interests has not resulted in a reasonable search for three reasons: (i) the legislation is not minimally intrusive; (ii) the legislation operates on reasonable grounds alone; and (iii) the legislation allows for *ex parte* applications in all cases. Before turning to these specific arguments, I must stress the many ways in which the DNA warrant provisions accord with the constitutional imperatives.

As Dickson J. noted in *Hunter, supra*, at pp. 159-60, s. 8 protects a reasonable expectation of privacy:

[A]n assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

Generally, the proper balancing of these interests requires that there be a system of prior authorization through the issuance of a warrant by a decision maker capable of balancing the interests at stake

thérapeutiques d’un plaignant est non abusive. De même, à mon avis, il convient de prendre en considération le droit de l’accusé de ne pas s’auto-incriminer pour déterminer si un mandat ADN respecte l’art. 8 de la *Charte*. Je vais maintenant examiner plus en détail la violation alléguée de l’art. 8 de la *Charte*.

B. L’article 8

L’article 8 de la *Charte* prévoit que « [c]haque un a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » La Cour conclut qu’une fouille, perquisition ou saisie est non abusive si a) elle est autorisée par la loi; b) la loi elle-même est non abusive; c) la manière dont elle est effectuée n’est pas abusive (*Stillman, précité*, par. 25; *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, 2001 CSC 83; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265). Le présent pourvoi ne concerne que la deuxième exigence, à savoir si le régime législatif prévoyant la délivrance de mandats ADN est non abusif.

L’appelant invoque trois motifs de contestation de la constitutionnalité des dispositions relatives aux mandats ADN. L’avocat de l’appelant prétend que l’équilibre entre les droits de l’individu et ceux de l’État donne lieu à une fouille abusive pour trois raisons : (i) la loi n’est pas le moins attentatoire possible; (ii) l’application de la loi ne se fonde que sur des motifs raisonnables; (iii) la loi autorise les demandes *ex parte* dans tous les cas. Avant d’examiner ces prétentions précises, je dois souligner les nombreuses façons dont les dispositions relatives au mandat ADN reflètent les impératifs constitutionnels.

Comme le souligne le juge Dickson dans *Hunter, précité*, p. 159-160, l’art. 8 garantit une attente raisonnable en matière de droit à la vie privée :

[I]l faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

En règle générale, une pondération convenable de ces intérêts requiert un système d’autorisation préalable par le moyen de la délivrance d’un mandat par un décideur capable de pondérer les intérêts en jeu

36

37

38

and acting judicially. The DNA warrant scheme clearly fulfills these requirements by providing a detailed procedure under which a warrant is issued by a judicial officer. Significantly, s. 487.05(1) provides that an application to obtain a warrant must be made to a provincial court judge rather than, as is typical in obtaining other types of warrants, by making an application to a justice of the peace. This measure indicates Parliament's attentiveness to the seriousness of the interests at stake in obtaining a DNA warrant.

39 As previously noted, in addition to the usual reasonable grounds requirements, the *Criminal Code* restricts the availability of DNA warrants to designated offences and requires that the judge be satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant (s. 487.05(1)).

40 The taking of bodily samples can involve significant intrusions on an individual's privacy and human dignity (*Stillman, supra*, at para. 51). However, the extent to which there is such an intrusion will depend on the circumstances. In weighing the reasonable privacy interests that are at stake when a DNA warrant is issued, it is useful to consider the categories set out by La Forest J. in *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 428: privacy may include territorial or spacial aspects, aspects related to the person, and aspects that arise in the informational context. It is the latter two aspects that are at issue under this legislation.

41 The DNA warrant provisions of the *Criminal Code* may be contrasted with an earlier attempt to use the general warrant provisions of the *Criminal Code* to authorize an intrusive surgical operation to remove evidence from the body of a suspect. In the unusual case of *Re Laporte and The Queen* (1972), 29 D.L.R. (3d) 651 (Que. Q.B.), a provincial court judge had issued a search warrant authorizing police officers to cause a bullet lodged in the shoulder of a suspect to be removed by duly qualified doctors. The judge was satisfied that there were reasonable and probable grounds to believe that a 38-caliber

et d'agir judiciairement. Le régime de mandat ADN répond clairement à ces exigences en prévoyant une procédure détaillée en vertu de laquelle un officier de justice délivre un mandat. Fait important, le par. 487.05(1) prévoit qu'une demande visant à obtenir un mandat doit être présentée à un juge de la cour provinciale plutôt qu'à un juge de paix, comme c'est le cas pour d'autres types de mandat. Cette mesure dénote l'attention que le législateur accorde à l'importance des intérêts en jeu dans l'obtention d'un mandat ADN.

Outre l'exigence habituelle concernant l'existence de motifs raisonnables, le *Code criminel* limite l'obtention des mandats ADN aux infractions désignées et exige que le juge soit convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice (par. 487.05(1)).

Le prélèvement de substances corporelles peut comporter des atteintes importantes à la vie privée et à la dignité humaine d'une personne (*Stillman*, précité, par. 51). Toutefois, la mesure dans laquelle il y a atteinte dépendra des circonstances. Lorsqu'on évalue les droits en matière d'attente raisonnable de vie privée mis en jeu par la délivrance d'un mandat ADN, il est utile d'examiner les catégories dégagées par le juge La Forest dans *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 428 : la protection de la vie privée peut comporter des aspects territoriaux ou spatiaux, des aspects qui ont trait à la personne et des aspects tenant au contexte informationnel. Ce sont ces deux derniers aspects qui font l'objet du litige sous le régime des présentes dispositions.

On peut comparer les dispositions du *Code criminel* relatives aux mandats ADN avec une tentative antérieure d'utiliser les dispositions générales du *Code* en matière de mandats pour autoriser une intervention chirurgicale envahissante visant à prélever une preuve sur le corps d'un suspect. Dans le cas particulier de l'affaire *Re Laporte and The Queen* (1972), 29 D.L.R. (3d) 651 (B.R. Qué.), un juge de la cour provinciale avait délivré un mandat de perquisition autorisant des policiers à faire extraire par des médecins compétents une balle logée dans l'épaule d'un suspect. Le juge était

slug was deeply embedded in the shoulder of a man suspected of having participated in a robbery.

Hugessen J., then of the Quebec Superior Court, quashed the search warrant by issuing a writ of *certiorari*. Remarking that the search warrant provisions of the *Criminal Code* are phrased in general terms to authorize the search of any “building, receptacle or place”, he added (at pp. 661-62):

Words much plainer than those used would be required to convince me that Parliament intended in this section to authorize the breaking open of the human frame by means of a search warrant. As I pointed out during the argument, if the police are today to be authorized to probe into a man’s shoulder for evidence against him, what is to prevent them tomorrow from opening his brain or other vital organs for the same purpose. The investigation of crime would no doubt be thereby rendered easier, but I do not think that we can, in the name of efficiency, justify the wholesale mutilation of suspected persons.

The criminal law has always had to strike the precarious balance between the protection of society on the one hand and the protection of the rights of the individual members of such society on the other. Both rights are equally important, but any conflict between them must wherever possible be resolved in a manner most compatible with individual human dignity. The constant preoccupation of our Courts with the protection of the citizen against the state results in the Crown having always to bear the burden in any criminal prosecution. I am not the first Judge, and I trust that I shall not be the last, to decide that the possibility that some guilty persons may escape the net of justice is not too high a price to pay for the right to live in freedom. If the Crown cannot prove its case against Laporte without doing physical violence to his person then it is better that the case be not proved.

In my view the Justice had no jurisdiction, either by statute or at common law, to issue this warrant and it is my duty to interfere and prevent what I can only describe as a grotesque perversion of the machinery of justice and an unwarranted invasion upon the basic inviolability of the human person. Even if the operation proposed were

convaincu qu’il y avait des motifs raisonnables et probables de croire qu’une balle de calibre 38 était profondément enfoncée dans l’épaule d’un homme suspecté d’avoir participé à un vol qualifié.

Le juge Hugessen, alors juge à la Cour supérieure du Québec, avait annulé le mandat de perquisition en délivrant un bref de *certiorari*. Soulignant que les dispositions relatives aux mandats de perquisition du *Code criminel* autorisent, en termes généraux, la perquisition de tout « bâtiment, contenant ou lieu », il a ajouté aux p. 661-662 :

[TRADUCTION] Il faudrait des mots beaucoup plus clairs que ceux utilisés pour me convaincre que le législateur voulait, par cet article, autoriser l’introduction dans le corps humain au moyen d’un mandat de perquisition. Comme je l’ai souligné au cours de l’argumentation, si l’on autorise aujourd’hui la police à examiner l’intérieur de l’épaule d’un homme afin de trouver des éléments de preuve contre lui, qu’est-ce qui l’empêchera demain d’ouvrir son cerveau ou d’autres organes vitaux aux mêmes fins. Cela faciliterait à n’en pas douter les enquêtes criminelles, mais je ne crois pas que nous puissions, au nom de l’efficacité, justifier la mutilation systématique des suspects.

Le droit criminel a toujours dû maintenir l’équilibre précaire entre la protection des droits de la société, d’une part, et la protection des droits des membres de cette société, d’autre part. Ces deux droits revêtent une importance égale, mais tout conflit entre eux doit, dans la mesure du possible, être réglé d’une manière qui respecte la dignité humaine individuelle. La préoccupation constante de nos cours de justice quant à la protection du citoyen contre l’État a pour conséquence que le fardeau repose toujours sur les épaules du ministère public dans les poursuites criminelles. Je ne suis pas le premier juge, et j’espère ne pas être le dernier, à croire que la possibilité que certains coupables puissent échapper au filet de la justice n’est pas un prix trop élevé à payer pour avoir le droit de vivre en liberté. Si le ministère public n’est pas en mesure de prouver ses accusations contre Laporte sans faire physiquement violence à sa personne, alors il est préférable que les accusations ne soient pas prouvées.

À mon avis, le juge n’a pas compétence, ni selon la loi, ni en common law, pour délivrer ce mandat et j’ai le devoir d’intervenir et d’empêcher ce que je ne peux que qualifier d’abus grotesque de l’appareil judiciaire et d’atteinte injustifiée à l’inviolabilité fondamentale de la personne humaine. Même si l’opération envisagée était

minor, and the evidence is that it is not, I would not be prepared to sanction it and I do not do so.

43 The balance so eloquently described by Hugessen J. in this pre-*Charter* case between the truth-seeking interests of law enforcement and the equally essential respect for individual rights has been accommodated in the DNA warrant provisions of the *Criminal Code*.

44 With regards to privacy related to the person, the taking of bodily samples under a DNA warrant clearly interferes with bodily integrity. However, under a properly issued DNA warrant, the degree of offence to the physical integrity of the person is relatively modest (*R. v. F. (S.)* (2000), 141 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at para. 27). A buccal swab is quick and not terribly intrusive. Blood samples are obtained by pricking the surface of the skin — a procedure that is, as conceded by the appellant (at para. 32 of his factum), not particularly invasive in the physical sense. With the exception of pubic hair, the plucking of hairs should not be a particularly serious affront to privacy or dignity.

45 Importantly, s. 487.07(3) of the legislation requires that the person who is authorized to take samples do so in a manner that respects the offender's privacy and is "reasonable in the circumstances". Thus, as Weiler J.A. articulated in *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (Ont. C.A.), at para. 35, "a person would not ordinarily be required to expose a part of the body that is not ordinarily exposed to view".

46 As previously mentioned, s. 487.06(2) additionally provides that the warrant "shall include any terms and conditions that the provincial court judge considers advisable to ensure that the seizure of a bodily substance authorized by the warrant is reasonable in the circumstances".

47 In my view, the statutory framework alleviates any concern that the collection of DNA samples pursuant to a search warrant under ss. 487.04

mineure, et elle ne l'est pas selon la preuve, je ne serais pas disposé à l'approuver et je ne le ferai d'ailleurs pas.

Cet équilibre, si éloquemment décrit par le juge Hugessen dans cette affaire antérieure à la *Charte*, entre la nécessaire recherche de la vérité pour l'application de la loi et le respect tout aussi essentiel des droits individuels se reflète dans les dispositions du *Code criminel* relatives aux mandats ADN.

Pour ce qui est des aspects de la vie privée ayant trait à la personne, le prélèvement d'échantillons de substances corporelles en vertu d'un mandat ADN constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique. Toutefois, lorsqu'il s'effectue en vertu d'un mandat ADN régulièrement délivré, l'importance de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne est relativement faible (*R. c. F. (S.)* (2000), 141 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), par. 27). Un prélèvement de cellules épithéliales est une procédure rapide et peu envahissante. Des échantillons de sang sont obtenus au moyen d'une piqûre à la surface de la peau — procédure qui, de l'aveu de l'appelant (par. 32 de son mémoire), n'est pas particulièrement envahissante au sens physique. Sauf pour ce qui est des poils pubiens, le prélèvement de poils ne devrait pas constituer une atteinte particulièrement importante à la vie privée ou à la dignité.

Fait important, le par. 487.07(3) de la loi exige que la personne autorisée à prélever des échantillons le fasse de manière à respecter « autant que faire se peut » la vie privée du contrevenant. Ainsi, comme le juge Weiler l'affirme dans *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (C.A. Ont.), par. 35, [TRADUCTION] « normalement, une personne ne devrait pas être obligée de montrer une partie de son corps qui n'est pas habituellement exposée à la vue ».

Comme je l'ai indiqué, le par. 487.06(2) prévoit par ailleurs que le mandat « énonce les modalités que le juge estime opportunes pour que la saisie soit raisonnable dans les circonstances ».

À mon avis, le cadre législatif dissipe toute crainte que le prélèvement d'échantillons d'ADN en application d'un mandat de perquisition décerné

to 487.09 of the *Criminal Code* constitutes an intolerable affront to the physical integrity of the person.

The informational aspect of privacy is also clearly engaged by the taking of bodily samples for the purposes of executing a DNA warrant. In fact, this is the central concern involved in the collection of DNA information by the state. Privacy in relation to information derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his or her own, to be communicated or retained by the individual in question as he or she sees fit (*per* La Forest J. in *Dyment, supra*, at p. 429). There is undoubtedly the highest level of personal and private information contained in an individual's DNA. However, it is important to recall that the bodily samples collected pursuant to a search warrant issued under ss. 487.04 to 487.09 are collected for a limited purpose, clearly articulated in the *Criminal Code*.

The DNA warrant scheme limits the intrusion into informational privacy by using only non-coding DNA for forensic DNA analysis. As previously noted, s. 487.04 defines "forensic DNA analysis" as the comparaison of the DNA in the bodily substance seized from a person in execution of a warrant with the results of the DNA in the bodily substance referred to in s. 487.05(1)(b). In other words, the DNA analysis is conducted solely for forensic purposes and does not reveal any medical, physical or mental characteristics; its only use is the provision of identifying information that can be compared to an existing sample. The evidence of Dr. Ron Fourney at the *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 43, November 25, 1998, at p. 43:46, confirms the scientific community's understanding of the DNA used for forensic analysis:

[A]s forensic scientists, we are interested in everything that does not code for anything. That is to say, we are looking at anonymous pieces of DNA. By international

sous le régime des art. 487.04 à 487.09 du *Code criminel* constitue une atteinte intolérable à l'intégrité physique de la personne.

Le droit à la vie privée dans le contexte informationnel est aussi clairement mis en cause par le prélèvement d'échantillons de substances corporelles dans le cadre de l'exécution d'un mandat ADN. En fait, c'est là la principale source d'inquiétude quant à la collecte de renseignements génétiques par l'État. Le droit à la vie privée dans le contexte informationnel découle du postulat que l'information à caractère personnel est propre à l'intéressé, lequel est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend (le juge La Forest dans *Dyment*, précité, p. 429). Il ne fait aucun doute que l'ADN d'une personne renferme, au plus haut degré, des renseignements personnels et privés. Toutefois, il importe de rappeler, comme l'énonce clairement le *Code criminel*, que le prélèvement d'échantillons de substances corporelles en application d'un mandat délivré en vertu des art. 487.04 à 487.09 vise un objectif limité.

Le régime de mandat ADN limite l'intrusion dans la vie privée sur le plan de l'information car il n'autorise que l'utilisation de l'ADN non codant pour l'analyse génétique. Je rappelle que l'art. 487.04 définit l'« analyse génétique » comme étant la comparaison de l'ADN d'une substance corporelle prélevée en exécution d'un mandat avec les résultats de l'analyse de l'ADN de la substance corporelle visée à l'al. 487.05(1)(b). En d'autres termes, l'analyse génétique est faite uniquement à des fins médico-légales et elle ne révèle aucune caractéristique médicale, physique ou mentale; elle ne sert qu'à fournir des renseignements d'identification qui peuvent être comparés à un échantillon existant. Le témoignage du D^r Ron Fourney lors des *Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule n^o 43, 25 novembre 1998, p. 43:46, confirme l'interprétation de la communauté scientifique quant à l'ADN qui peut être utilisé dans le cadre d'une analyse médico-légale :

[À] titre d'experts en criminalistique, nous nous intéressons à tout ce qui code pour rien. Autrement dit, nous étudions des morceaux anonymes d'ADN. De

48

49

convention with Venice in 1993, forensic scientists all over the world agree that we will take STR markers — that is, short tandem repeat — or pieces of DNA. By convention, the only ones that we are permitted to use in forensics are those that do not predict any medical, physical or mental characteristics.

50

Additional factors limit the intrusion into informational privacy: s. 487.05(1)(b), s. 487.08(1) and s. 487.08(2) place limits on the use of the information obtained from DNA analysis including making it an offence to use a bodily substance obtained in execution of a DNA warrant except in the course of an investigation of the designated offence. That the DNA warrant scheme explicitly prohibits the misuse of information is an important factor that ensures compliance with s. 8 of the *Charter*.

51

Before turning to the specific challenges to the DNA warrant scheme advanced by the appellant, it is also necessary to consider the interests of the state in seeking a DNA warrant. The state's interest in the DNA warrant scheme is a significant one. Effective law enforcement benefits society as a whole. Subsumed under the larger head of "law enforcement" is the interest in arriving at the truth in order to bring offenders to justice and to avoid wrongful convictions. The enormous utility and power of DNA evidence as an investigative tool has been documented both by the trial judge in *Brighteyes, supra*, and by the Ontario Court of Appeal in *F. (S.), supra*. Indeed, "a DNA match will in many cases, with virtual certainty, eliminate the person as a suspect . . . [or] provide evidence that it was his bodily substance(s) that was found at one or more of the places set out in s. 487.05(1)(b)" (*Brighteyes, supra*, at para. 110). This is an identification tool of great value to the criminal process.

52

I can therefore conclude that, in general terms, the DNA warrant provisions of the *Criminal Code* strike an appropriate balance between the public

par un convention internationale adoptée à Venise en 1993, les experts en criminalistique du monde entier conviennent d'utiliser des marqueurs de STR — c'est-à-dire séquence courte répétée en tandem — ou des morceaux d'ADN. Par convention, les seuls cas permis en criminalistique sont ceux qui ne permettent pas de prédire des caractéristiques médicales, physiques ou mentales.

D'autres facteurs restreignent l'intrusion dans la vie privée dans le contexte informationnel : l'al. 487.05(1)b), le par. 487.08(1) et le par. 487.08(2) restreignent l'utilisation des renseignements obtenus à partir de l'analyse génétique, notamment en érigeant en infraction le fait d'utiliser, hors du cadre d'une enquête sur l'infraction désignée, une substance corporelle obtenue en exécution d'un mandat ADN. Le fait que le régime de mandat ADN interdit expressément l'utilisation abusive de renseignements est un facteur important qui garantit le respect de l'art. 8 de la *Charte*.

Avant d'analyser les moyens spécifiquement invoqués par l'appelant contre le régime de mandat ADN, il est également nécessaire d'examiner l'intérêt qu'a l'État à demander un mandat ADN. L'intérêt de l'État pour le régime de ce type de mandat est important. L'application efficace de la loi profite à l'ensemble de la société. Sous le terme général d'« application de la loi » est subsumée la nécessité de découvrir la vérité en vue de traduire les contrevenants en justice et d'éviter les condamnations injustifiées. L'utilité et la puissance énormes de la preuve génétique comme outil d'enquête sont mises en évidence par le juge du procès dans *Brighteyes, précité*, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans *F. (S.), précité*. Ainsi, [TRADUCTION] « un test d'empreintes génétiques concluant permet dans de nombreux cas, avec quasi-certitude, d'éliminer une personne de la liste des suspects [. . .] [ou] de prouver que ce sont ses substances corporelles qui ont été retrouvées à l'un ou plusieurs des endroits énumérés à l'al. 487.05(1)b) » (*Brighteyes, précité*, par. 110). C'est un outil d'identification précieux dans le cadre d'enquêtes criminelles.

Je peux donc conclure que, de façon générale, les dispositions relatives aux mandats ADN du *Code criminel* établissent un juste équilibre entre l'intérêt

interest in effective criminal law enforcement for serious offences, and the rights of individuals to control the release of personal information about themselves, as well as their right to dignity and physical integrity.

I turn now to the specific grounds of attack against the DNA warrant provisions advanced by the appellant. The appellant argued that DNA warrants should only be available when it is necessary for the state to obtain a sample because it cannot investigate effectively by using less intrusive techniques. In other words, DNA warrants should be a “last resort” investigative tool. This approach is analogous to the constitutional requirement applicable to wiretap authorizations (see *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, at para. 37). Judicial authorization to intercept private communications by recording devices cannot be issued unless the court is satisfied that other investigative techniques have been tried and have failed or are unlikely to succeed (*Criminal Code*, s. 186(1)(b)).

I see no reason to import, as a constitutional imperative, a similar requirement in the case of DNA warrants. There are obvious differences between the use of wiretaps as an investigative tool, and recourse to a DNA warrant. Wiretaps are sweeping in their reach. They invariably intrude into the privacy interests of third parties who are not targeted by the criminal investigation. They cast a net that is inevitably wide. By contrast, DNA warrants are target specific. Significantly, DNA warrants also have the capacity to exonerate an accused early in the investigative process. Although it would have been open to Parliament to provide for the use of forensic DNA analysis as a last resort investigative technique, I can see no reason to require, as a condition for constitutional compliance, that it be so. Moreover, as the Court of Appeal noted, the s. 487.05(1) requirement of showing that the warrant is “in the best interests of the administration of justice” would prevent a judge from issuing a warrant where it is unnecessary to do so.

public, qui exige la répression efficace des infractions graves, et le droit des particuliers de contrôler la divulgation de renseignements personnels les concernant ainsi que leur droit à la dignité et à l’intégrité physique.

Je vais maintenant aborder les motifs précis de contestation avancés par l’appelant contre les dispositions sur les mandats ADN. Il prétend que ces derniers ne devraient être décernés que lorsque l’État n’a d’autre choix que d’obtenir un échantillon parce que le recours à des techniques moins attentatoires ne lui permet pas d’enquêter efficacement. Autrement dit, les mandats ADN devraient être un outil de « dernier recours ». Cette approche reprend la règle constitutionnelle applicable aux autorisations d’écoute électronique (voir *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, par. 37). L’autorisation judiciaire d’intercepter les communications privées au moyen d’appareils d’enregistrement ne peut être donnée que si la cour est convaincue que d’autres méthodes d’enquête ont été essayées et ont échoué ou ont peu de chance de succès (*Code criminel*, al. 186(1)b)).

Je ne vois aucune raison d’importer, comme impératif constitutionnel, une exigence similaire dans le cas des mandats ADN. Il existe des différences évidentes entre l’utilisation de l’écoute électronique comme outil d’enquête et le recours au mandat ADN. Le champ de l’écoute électronique est vaste. Elle fait invariablement intrusion dans la vie privée de tiers, qui eux ne sont pas visés par l’enquête criminelle. Sa portée est inévitablement large. Par contre, les mandats ADN visent des personnes précises. Fait important, ce type de mandat peut également permettre de disculper un accusé dès le début de l’enquête. Certes, le législateur aurait pu préciser que l’utilisation de l’analyse génétique constitue une technique d’enquête de dernier recours, mais je ne vois aucune raison d’en faire une condition de conformité constitutionnelle. De plus, comme la Cour d’appel l’a souligné, l’exigence du par. 487.05(1) de prouver que la délivrance du mandat [TRADUCTION] « servirait au mieux l’administration de la justice » empêchera un juge de délivrer inutilement un mandat.

53

54

- 55 The appellant's second concern is that the standard of "reasonable grounds" alone, which is appropriate for ordinary warrants, is insufficient for searches and seizures that violate bodily integrity and force self-conscription. In my view, this exaggerates the degree of intrusiveness of DNA warrants. With respect to the concerns for personal dignity and bodily integrity, the proper execution of a DNA warrant would compare favourably to strip searches. In *Golden, supra*, at para. 90, strip searches were held to be "inherently humiliating and degrading", but nonetheless valid, provided certain conditions were met, when conducted on the basis of a reasonable and probable grounds standard. The standard of "reasonable grounds" is well recognized in the law and I see no reason to adopt a higher one in the case of DNA warrants.
- 56 Finally, the appellant contends that the *ex parte* nature of the proceedings renders the legislation unconstitutional. Requiring an *inter partes* hearing for a search warrant that is part of the investigative process could unnecessarily draw out and frustrate the criminal investigation. However, the majority of the Court of Appeal was correct to observe that the reference to *ex parte* proceedings is not mandatory. Indeed, s. 487.05(1) does not deprive a judge of the option of requiring a contested hearing in a suitable case. An issuing judge may find it advisable to require notice in order to ensure reasonableness and fairness in the circumstances. But, as with most investigative techniques, the *ex parte* nature of the proceedings is constitutionally acceptable as a norm because of the risk that the suspect would take steps to frustrate the proper execution of the warrant.
- 57 The last matter to consider in this s. 8 analysis is the principle against self-incrimination. Not all conscriptive evidence will violate the principle against self-incrimination; indeed, that principle has a limited scope, and requires different things at different times (*White, supra*, at para. 45; *S. (R.J.), supra*, at para. 97). Determining the particular requirements of, and limits on the principle against self-incrimination requires a consideration of the
- La deuxième question soulevée par l'appelant est que la seule norme des « motifs raisonnables », appropriée pour les mandats ordinaires, est insuffisante pour les fouilles et saisies qui violent l'intégrité physique et mobilise l'accusé contre lui-même. À mon avis, l'appelant exagère le caractère attentatoire des mandats ADN. Quant aux préoccupations concernant la dignité personnelle et l'intégrité corporelle, l'exécution appropriée d'un mandat ADN se compare favorablement aux fouilles à nu. Dans l'arrêt *Golden*, précité, par. 90, la Cour conclut que ces fouilles sont « fondamentalement humiliantes et avilissantes », mais néanmoins valides, pourvu que certaines conditions soient remplies, lorsqu'elles sont effectuées sur le fondement de l'existence de motifs raisonnables et probables. La norme des « motifs raisonnables » est bien établie en droit et je ne vois aucune raison d'adopter une norme plus exigeante dans le cas des mandats ADN.
- Enfin, l'appelant soutient que la nature *ex parte* des procédures rend les dispositions inconstitutionnelles. Exiger une audience *inter partes* pour l'obtention d'un mandat dans le cadre d'une enquête pourrait allonger et compromettre inutilement l'enquête criminelle. Toutefois, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont légitimement conclu que le recours à la procédure *ex parte* n'est pas obligatoire. En fait, le par. 487.05(1) ne prive pas un juge de la possibilité d'exiger, au besoin, une audience contestée. Le juge saisi de la demande peut juger opportun d'exiger un préavis afin de garantir le caractère juste et raisonnable des procédures dans les circonstances. Mais, comme pour la plupart des techniques d'enquête, la nature *ex parte* des procédures est constitutionnellement acceptable comme norme vu le risque que le suspect agisse de manière à compromettre la bonne exécution du mandat.
- Le dernier point à examiner dans cette analyse fondée sur l'art. 8 est le principe interdisant l'auto-incrimination. Ce ne sont pas toutes les preuves obtenues par mobilisation de l'accusé contre lui-même qui contreviennent au principe interdisant l'auto-incrimination; à vrai dire, ce principe a une portée limitée et exige différentes choses à différents moments (*White*, précité, par. 45; *S. (R.J.)*, précité, par. 97). L'identification des exigences particulières

principle's underlying rationales. This Court has identified two such rationales — (i) to protect against unreliable confessions (or in this case, evidence), and (ii) to protect against the abuse of power by the state. As this Court recognized in *White, supra*, these rationales are linked to the importance of privacy in Canadian society. However, considerations of privacy (which generally form the core of the s. 8 analysis) cannot exhaust the analysis where the principle against self-incrimination is at issue. It is true that where a person is forced to provide evidence contrary to the principle against self-incrimination, he or she is revealing information, thus engaging privacy interests. However, more fundamentally, that evidence is given so that it may be used in a case against him or her. Thus, as this Court recognized in *S. (R.J.), supra*, the principle against self-incrimination rests on the fundamental notion that the Crown has the burden of establishing a “case to meet” and must do so without the compelled participation of the accused.

The question, then, is whether the DNA warrant provisions at issue in this case impermissibly violate the principle against self-incrimination, thus rendering any search or seizure performed under them unreasonable, contrary to s. 8. In my view, a consideration of the principle's underlying rationales indicates that they do not. First, unlike cases involving testimonial compulsion, there is no concern with unreliability. On the contrary, one of the benefits of DNA evidence is its high degree of reliability. The second rationale — protection against the abuse of power by the state — requires a somewhat deeper analysis. As a majority of this Court indicated in *White, supra*, the degree to which the principle is engaged will depend in part on the extent to which coercion was used by the state in obtaining the statements; the extent to which the relationship between the accused and the state was adversarial at the time the conscriptive evidence was obtained; and the presence or absence of an increased risk of abuses of power by the state as

du principe interdisant l'auto-incrimination ainsi que de ses limites nécessite un examen des fondements de ce principe. La Cour en a relevé deux — (i) la protection contre les confessions (ou, en l'espèce, la preuve) indignes de foi et (ii) la protection contre les abus de pouvoir de l'État. Comme la Cour le reconnaît dans *White, précité*, ces fondements découlent de l'importance qu'accorde la société canadienne au respect de la vie privée. Toutefois, les considérations relatives au respect de la vie privée (qui se trouvent en règle générale au cœur de l'analyse fondée sur l'art. 8) ne sont pas les seuls éléments à prendre en compte dans le cadre de l'analyse qui met en cause le principe interdisant l'auto-incrimination. Il est vrai que la personne qui est forcée de rendre un témoignage contraire au principe interdisant l'auto-incrimination révèle des renseignements et engage ainsi son droit à la vie privée. Toutefois, d'une manière plus fondamentale, ce témoignage peut éventuellement être utilisé contre elle dans une instance. Par conséquent, comme la Cour le reconnaît dans *S. (R.J.), précité*, le principe interdisant l'auto-incrimination repose sur la notion fondamentale que le ministère public a le fardeau de faire une « preuve hors de tout doute raisonnable » et ce, sans la participation forcée de l'accusé.

La question est donc de savoir si les dispositions relatives aux mandats ADN, en cause ici, violent d'une manière inacceptable le principe interdisant l'auto-incrimination, rendant ainsi abusives les fouilles, perquisitions ou saisies effectuées sous leur régime, en violation de l'art. 8. À mon avis, un examen des fondements du principe montre que ce n'est pas le cas. Premièrement, à la différence des affaires où il y a contrainte à témoigner, la non-fiabilité ne constitue pas une préoccupation en l'espèce. Au contraire, l'un des avantages de la preuve génétique réside dans son haut degré de fiabilité. Le deuxième fondement — la protection contre les abus de pouvoir de l'État — appelle une analyse un peu plus approfondie. Comme la Cour à la majorité le souligne dans *White, précité*, le degré d'engagement du principe dépendra en partie de la mesure dans laquelle l'État a recouru à la coercition pour obtenir les déclarations, de la mesure dans laquelle la relation entre l'accusé et l'État était de nature accusatoire au moment de l'obtention de la preuve

a result of the compulsion (*White, supra*, at para. 51).

59 The adversarial nature of the relationship between the state and the individual and the degree of coercion in the present context are undoubtedly high. As Lamer C.J. stated in *Jones, supra*, at p. 249, “[c]oercion . . . means the denial of free and informed consent.” A person has little choice but to comply with the request for blood, hair or saliva made under a valid DNA search warrant. Further, the context in which the bodily samples are taken is obviously adversarial, there being reasonable grounds to believe that the target of the warrant was a party to an offence. However, while these factors are highly engaged, it is important to note that under the DNA warrant provisions, there are a number of safeguards in place to prevent abuse of those provisions by the state. In particular, the prior judicial authorization, circumscribed by strict requirements of reasonable and probable grounds and stringent limits on the potential use of the collected DNA evidence, ensures that the power to obtain bodily samples is not abused. It is also important to acknowledge that, as previously noted, the degree of intrusion both physical and informational is limited.

60 In sum, a consideration of the rationales underlying the principle against self-incrimination suggests that this is one of those cases, mentioned in *White, supra*, at para. 48, where “the factors that favour the importance of the search for truth . . . outweigh the factors that favour protecting the individual against undue compulsion by the state”.

61 To conclude, the legislative scheme delineated in ss. 487.04 to 487.09 is sensitive to the various interests at play. On balance, the law provides for a search and seizure of DNA materials that is reasonable. In light of the high probative value of forensic DNA analysis, the interests of the state override those of the individual. Forensic

incriminante, de la présence ou l’absence de risque supplémentaire que la contrainte entraîne des abus de pouvoir de la part de l’État (*White*, précité, par. 51).

Il ne fait aucun doute qu’en l’espèce la relation entre l’État et la personne visée est nettement accusatoire et que le degré de coercition est élevé. Comme le juge Lamer l’affirme dans *Jones*, précité, p. 249, la « contrainte [. . .] signifie refuser la possibilité de donner un consentement libre et éclairé ». Il n’y a guère d’autre choix que de se conformer à une demande de prélèvement d’échantillons de sang, de cheveux ou de salive faite en vertu d’un mandat ADN. De plus, le contexte dans lequel les échantillons de substances corporelles sont prélevés est manifestement accusatoire vu l’existence de motifs raisonnables de croire que la personne visée par le mandat est partie à une infraction. Toutefois, bien que ces facteurs soient tous bien présents, il importe de souligner que les dispositions relatives aux mandats ADN prévoient des garanties visant à empêcher que l’État n’en abuse. En particulier, l’autorisation judiciaire préalable, subordonnée à l’exigence stricte de motifs raisonnables et probables et circonscrite par les limites rigoureuses imposées à l’utilisation potentielle de la preuve génétique recueillie, garantit contre tout abus du pouvoir d’obtenir des échantillons de substances corporelles. Il importe également de reconnaître que, comme nous l’avons vu, le degré d’intrusion sur le plan physique et sur le plan de l’information est faible.

En somme, un examen du fondement du principe interdisant l’auto-incrimination donne à penser qu’il s’agit ici de l’un des cas mentionnés dans *White*, précité, par. 48, où « les facteurs tenant à l’importance de la recherche de la vérité l’emport[ent] sur les facteurs tenant à la protection de la personne contre la contrainte indue de l’État ».

En conclusion, le régime législatif prévu aux art. 487.04 à 487.09 tient compte des divers intérêts en jeu. Tout bien considéré, ces dispositions assurent le caractère non abusif de la fouille et de la saisie de matériel génétique. Compte tenu de la forte valeur probante de l’analyse génétique, les intérêts de l’État l’emportent sur ceux de l’individu. L’analyse géné-

DNA analysis is capable of both identifying and eliminating suspects, a feature that seriously reduces the risk of wrongful convictions. The DNA provisions contain procedural safeguards that protect adequately the multiple interests of the suspected offender. The DNA warrant scheme therefore complies with s. 8 of the *Charter*. I turn now to the final issue, the expert's evidence.

C. DNA Expert's Evidence

The appellant submits that the trial judge ought to have given no weight to the DNA expert's evidence, as it relied on an unproven assumption that the non-matching test sample was a mutation. Sopinka J. in his concurring judgment in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 899, stressed that courts ought to distinguish between evidence that an expert obtains and acts upon within the scope of his or her expertise, and evidence that an expert obtains from a party to the litigation touching a matter directly in issue. He suggested that where the expert relies on the former type of "unproven" evidence, the weight of the expert opinion need not be discounted.

In my view, it is clear that the expert's reliance on the international guidelines was reliance on information obtained and acted upon within the scope of her expertise. It was entirely open to the appellant to challenge the expert on that issue. Absent such a challenge, the expert was entitled to refer to the sources within her field of expertise to explain and support her conclusions. Berger J.A., dissenting at the Court of Appeal, is correct that the record offers little information about the international guidelines referred to by the DNA expert (para. 131). However, her expert evidence was tested according to the normal processes of the adversarial system. Dr. Szakacs was cross-examined by the defence, and the trial judge was satisfied that the current standards in technology and competence had been met. It was open to the trial judge to give the opinion of the expert the weight that he considered appropriate and there is no basis upon which this Court could interfere with his assessment of that evidence. The trial judge was alive to his

tique médico-légale permet d'identifier et d'écartier des suspects, caractéristique qui réduit considérablement le risque de condamnations injustifiées. Les dispositions relatives à l'analyse génétique prévoient des garanties procédurales qui protègent adéquatement les divers intérêts du présumé contrevenant. Le régime de mandat ADN est donc conforme à l'art. 8 de la *Charte*. Je vais maintenant aborder la dernière question, celle du témoignage de l'experte.

C. Le témoignage de l'experte en ADN

L'appellant prétend que le juge du procès aurait dû n'accorder aucun poids au témoignage de l'experte en ADN parce qu'il repose sur une hypothèse non vérifiée, à savoir que l'empreinte génétique différente est une mutation. Dans ses motifs concordants dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, p. 899, le juge Sopinka souligne que les cours de justice doivent faire une distinction entre la preuve qu'un expert obtient et sur laquelle il se fonde dans les limites de sa compétence, et la preuve qu'il obtient d'une partie au litige et qui concerne une question directement en litige. Il laisse entendre que lorsque l'expert se fonde sur le premier type de preuve « non vérifiée », le poids de son opinion ne doit pas être négligé.

À mon avis, il est clair qu'en se fiant à des lignes directrices internationales, l'experte s'est fiée à des renseignements qu'elle a obtenus et sur lesquels elle s'est fondée dans les limites de sa compétence. L'appellant avait tout loisir de contester l'experte sur cette question. Faute d'une telle contestation, l'experte avait le droit de citer les sources relevant de son domaine de compétence pour expliquer et étayer ses conclusions. Le juge Berger, dissident en Cour d'appel, a raison d'affirmer qu'on ne trouve guère au dossier de renseignements sur les lignes directrices internationales citées par l'experte en ADN (par. 131). Toutefois, son témoignage d'experte a été apprécié suivant les procédures normales du système accusatoire. Le D^r Szakacs a été contre-interrogée par la défense et le juge du procès était convaincu que les normes actuelles en matière de technologie et de compétence avaient été respectées. Le juge du procès pouvait accorder à l'opinion de l'experte le poids qu'il jugeait à propos et rien ne justifie la Cour d'intervenir dans son appréciation de

62

63

obligation to weigh carefully and appropriately the evidence tendered by the DNA expert. His verdict was not based solely on the DNA results, but also to a large degree on the circumstantial evidence and on his finding that the complainant's testimony was credible.

V. Disposition

64

For these reasons, I would dismiss the appeal. The constitutional questions should be answered as follows:

1. Do ss. 487.05 to 487.09 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (as they read in January 1997) infringe s. 7 or s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If question 1 is answered in the affirmative, is the infringement a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 (as it read in January 1997)

487.04 In this section and sections 487.05 to 487.09,

“adult” has the meaning assigned by subsection 2(1) of the *Young Offenders Act*;

“designated offence” means

(a) an offence under any of the following provisions of this Act, namely,

- (i) section 75 (piratical acts),
- (ii) section 76 (hijacking),
- (iii) section 77 (endangering safety of aircraft or airport),
- (iv) section 78.1 (seizing control of ship or fixed platform),
- (v) paragraph 81(2)(a) (using explosives),
- (vi) section 151 (sexual interference),

la preuve. Le juge du procès savait qu'il était tenu d'apprécier soigneusement et convenablement le témoignage de l'experte en ADN. Son verdict n'était pas fondé uniquement sur les résultats de l'analyse génétique, mais également, dans une large mesure, sur la preuve circonstancielle et sur sa conclusion que le témoignage de la plaignante était crédible.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. Les articles 487.05 à 487.09 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (en vigueur en janvier 1997) violent-ils l'art. 7 ou l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, la violation en question constitue-t-elle, suivant l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 (en vigueur en janvier 1997)

487.04 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 487.05 à 487.09.

« ADN » Acide désoxyribonucléique.

« adolescent » S'entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

« adulte » S'entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

« analyse génétique » Analyse de l'ADN d'une substance corporelle à des fins médico-légales et comparaison des résultats de cette analyse avec les résultats de l'analyse de l'ADN de la substance corporelle visée à l'alinéa 487.05(1)b), y compris tout examen utile à cette fin.

« infraction désignée »

a) Infraction créée par l'une des dispositions suivantes :

- (vii) section 152 (invitation to sexual touching),
 - (viii) section 153 (sexual exploitation),
 - (ix) section 155 (incest),
 - (x) subsection 212(4) (offence in relation to juvenile prostitution),
 - (xi) section 220 (causing death by criminal negligence),
 - (xii) section 221 (causing bodily harm by criminal negligence),
 - (xiii) section 231 (murder),
 - (xiv) section 236 (manslaughter),
 - (xv) section 244 (causing bodily harm with intent),
 - (xvi) section 252 (failure to stop at scene of accident),
 - (xvii) section 266 (assault),
 - (xviii) section 267 (assault with a weapon or causing bodily harm),
 - (xix) section 268 (aggravated assault),
 - (xx) section 269 (unlawfully causing bodily harm),
 - (xxi) section 269.1 (torture),
 - (xxii) paragraph 270(1)(a) (assaulting a peace officer),
 - (xxiii) section 271 (sexual assault),
 - (xxiv) section 272 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm),
 - (xxv) section 273 (aggravated sexual assault),
 - (xxvi) section 279 (kidnapping),
 - (xxvii) section 279.1 (hostage taking),
 - (xxviii) section 344 (robbery),
 - (xxix) subsection 348(1) (breaking and entering with intent, committing offence or breaking out),
 - (xxx) subsection 430(2) (mischief that causes actual danger to life),
 - (xxxi) section 433 (arson — disregard for human life), and
 - (xxxii) section 434.1 (arson — own property),
- (b) an offence under any of the following provisions of the *Criminal Code*, as they read from time to time before July 1, 1990, namely,
- (i) article 75 (actes de piraterie),
 - (ii) article 76 (détournement),
 - (iii) article 77 (atteinte à la sécurité des aéronefs ou des aéroports),
 - (iv) article 78.1 (prise d'un navire ou d'une plate-forme fixe),
 - (v) alinéa 81(2)a (usage d'explosifs),
 - (vi) article 151 (contacts sexuels),
 - (vii) article 152 (incitation à des contacts sexuels),
 - (viii) article 153 (exploitation à des fins sexuelles),
 - (ix) article 155 (inceste),
 - (x) paragraphe 212(4) (obtention de services sexuels d'un mineur),
 - (xi) article 220 (causer la mort par négligence criminelle),
 - (xii) article 221 (causer des lésions corporelles par négligence criminelle),
 - (xiii) article 231 (meurtre),
 - (xiv) article 236 (homicide involontaire coupable),
 - (xv) article 244 (causer intentionnellement des lésions corporelles),
 - (xvi) article 252 (défaut d'arrêter lors d'un accident),
 - (xvii) article 266 (voies de fait),
 - (xviii) article 267 (agression armée ou infliction de lésions corporelles),
 - (xix) article 268 (voies de fait graves),
 - (xx) article 269 (infliction illégale de lésions corporelles),
 - (xxi) article 269.1 (torture),
 - (xxii) alinéa 270(1)a (voies de fait contre un agent de la paix),
 - (xxiii) article 271 (agression sexuelle),
 - (xxiv) article 272 (agression sexuelle armée, menace à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles),
 - (xxv) article 273 (agression sexuelle grave),
 - (xxvi) article 279 (enlèvement),
 - (xxvii) article 279.1 (prise d'otage),

(i) section 433 (arson), and

(ii) section 434 (setting fire to other substance),

(c) an offence under the following provision of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read from time to time before January 1, 1988, namely, paragraph 153(1)(a) (sexual intercourse with stepdaughter, etc.),

(d) an offence under any of the following provisions of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as they read from time to time before January 4, 1983, namely,

(i) section 144 (rape),

(ii) section 146 (sexual intercourse with female under fourteen and between fourteen and sixteen), and

(iii) section 148 (sexual intercourse with feeble-minded, etc.), and

(e) an attempt to commit an offence referred to in any of paragraphs (a) to (d);

“DNA” means deoxyribonucleic acid;

“forensic DNA analysis”, in relation to a bodily substance that is obtained in execution of a warrant, means forensic DNA analysis of the bodily substance and the comparison of the results of that analysis with the results of the analysis of the DNA in the bodily substance referred to in paragraph 487.05(1)(b) and includes any incidental tests associated with that analysis;

“provincial court judge”, in relation to a young person, includes a youth court judge within the meaning of subsection 2(1) of the *Young Offenders Act*.

“young person” has the meaning assigned by subsection 2(1) of the *Young Offenders Act*.

487.05 (1) A provincial court judge who on *ex parte* application is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe

(a) that a designated offence has been committed,

(b) that a bodily substance has been found

(i) at the place where the offence was committed,

(ii) on or within the body of the victim of the offence,

(xxviii) article 344 (vol qualifié),

(xxix) paragraphe 348(1) (introduction par effraction dans un dessein criminel),

(xxx) paragraphe 430(2) (méfait qui cause un danger réel pour la vie des gens),

(xxxii) article 433 (incendie criminel : danger pour la vie humaine),

(xxxii) article 434.1 (incendie criminel : biens propres);

b) infraction aux dispositions suivantes de la présente loi, dans leurs versions antérieures au 1^{er} juillet 1990 :

(i) article 433 (crime d’incendie),

(ii) article 434 (fait de mettre le feu à d’autres substances);

c) infraction à l’alinéa 153(1)a) (rapports sexuels avec sa belle-fille, etc.) du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans ses versions antérieures au 1^{er} janvier 1988;

d) infraction aux dispositions suivantes du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans leurs versions antérieures au 4 janvier 1983 :

(i) article 144 (viol),

(ii) article 146 (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans ou âgée de 14 à 16 ans),

(iii) article 148 (rapports sexuels avec une personne faible d’esprit, etc.);

e) infraction constituée par la tentative de perpétrer une infraction visée à l’un des alinéas a) à d).

« juge de la cour provinciale » Y est assimilé le juge du tribunal pour adolescents visé au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, dans le cas où la personne visée par le mandat est un adolescent.

487.05 (1) Sur demande *ex parte*, un juge de la cour provinciale peut décerner un mandat écrit autorisant un agent de la paix à procéder ou faire procéder sous son autorité au prélèvement d’un échantillon d’une substance corporelle d’une personne pour analyse génétique, s’il est convaincu, à la suite d’une dénonciation faite sous serment, que la délivrance du mandat servirait au mieux l’administration de la justice et qu’il existe des motifs raisonnables de croire :

a) qu’une infraction désignée a été perpétrée;

(iii) on anything worn or carried by the victim at the time when the offence was committed, or

(iv) on or within the body of any person or thing or at any place associated with the commission of the offence,

(c) that a person was a party to the offence, and

(d) that forensic DNA analysis of a bodily substance from the person will provide evidence about whether the bodily substance referred to in paragraph (b) was from that person

and who is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to obtain, or cause to be obtained under the direction of the peace officer, a bodily substance from that person, by means of an investigative procedure described in subsection 487.06(1), for the purpose of forensic DNA analysis.

(2) In considering whether to issue the warrant, the provincial court judge shall have regard to all relevant matters, including

(a) the nature of the designated offence and the circumstances of its commission; and

(b) whether there is

(i) a peace officer who is able, by virtue of training or experience, to obtain a bodily substance from the person, by means of an investigative procedure described in subsection 487.06(1), or

(ii) another person who is able, by virtue of training or experience, to obtain under the direction of a peace officer a bodily substance from the person, by means of such an investigative procedure.

487.06 (1) The warrant authorizes a peace officer or another person under the direction of a peace officer to obtain and seize a bodily substance from the person by means of

(a) the plucking of individual hairs from the person, including the root sheath;

(b) the taking of buccal swabs by swabbing the lips, tongue and inside cheeks of the mouth to collect epithelial cells; or

(c) the taking of blood by pricking the skin surface with a sterile lancet.

(2) The warrant shall include any terms and conditions that the provincial court judge considers advisable to ensure that the seizure of a bodily substance authorized by the warrant is reasonable in the circumstances.

b) qu'une substance corporelle a été trouvée :

(i) sur le lieu de l'infraction,

(ii) sur la victime ou à l'intérieur du corps de celle-ci,

(iii) sur ce qu'elle portait ou transportait lors de la perpétration de l'infraction,

(iv) sur une personne ou à l'intérieur du corps d'une personne, sur une chose ou à l'intérieur d'une chose ou en des lieux, liés à la perpétration de l'infraction;

c) que la personne a participé à l'infraction;

d) que l'analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves selon lesquelles la substance corporelle visée à l'alinéa b) provient ou non de cette personne.

(2) Pour décider s'il décerne le mandat, le juge tient compte de tous les éléments pertinents, notamment :

a) de la nature de l'infraction et des circonstances de sa perpétration;

b) de la possibilité d'avoir un agent de la paix — ou toute personne sous son autorité — qui, de par sa formation ou son expérience, peut effectuer le prélèvement.

487.06 (1) Le mandat autorise l'agent de la paix — ou toute personne agissant sous son autorité — à obtenir et saisir un échantillon d'une substance corporelle de l'intéressé par prélèvement :

a) de cheveux ou de poils comportant la gaine épithéliale;

b) de cellules épithéliales par écouvillonnage des lèvres, de la langue ou de l'intérieur des joues;

c) d'un échantillon de sang au moyen d'une piqûre à la surface de la peau avec une lancette stérilisée.

(2) Le mandat énonce les modalités que le juge estime opportunes pour que la saisie soit raisonnable dans les circonstances.

487.07 (1) Before executing a warrant, a peace officer shall inform the person against whom it is to be executed of

- (a) the contents of the warrant;
- (b) the nature of the investigative procedure by means of which a bodily substance is to be obtained from that person;
- (c) the purpose of obtaining a bodily substance from that person;
- (d) the possibility that the results of forensic DNA analysis may be used in evidence;
- (e) the authority of the peace officer and any other person under the direction of the peace officer to use as much force as is necessary for the purpose of executing the warrant; and
- (f) in the case of a young person, the rights of the young person under subsection (4).

(2) A person against whom a warrant is executed

(a) may be detained for the purpose of executing the warrant for a period that is reasonable in the circumstances for the purpose of obtaining a bodily substance from the person; and

(b) may be required by the peace officer who executes the warrant to accompany the peace officer.

(3) A peace officer who executes a warrant against a person or a person who obtains a bodily substance from the person under the direction of the peace officer shall ensure that the privacy of that person is respected in a manner that is reasonable in the circumstances.

(4) A young person against whom a warrant is executed has, in addition to any other rights arising from his or her detention under the warrant,

(a) the right to a reasonable opportunity to consult with, and

(b) the right to have the warrant executed in the presence of

counsel and a parent or, in the absence of a parent, an adult relative or, in the absence of a parent and an adult relative, any other appropriate adult chosen by the young person.

(5) A young person may waive his or her rights under subsection (4) but any such waiver

(a) must be recorded on audio tape or video tape or otherwise; or

(b) must be made in writing and contain a statement signed by the young person that he or she has been informed of the right being waived.

487.07 (1) Avant de procéder à l'exécution du mandat, l'agent de la paix est tenu d'informer l'intéressé :

a) de la teneur du mandat;

b) de la nature du prélèvement;

c) du but du prélèvement;

d) de la possibilité que les résultats de l'analyse génétique soient présentés en preuve;

e) de son pouvoir — ou de celui de toute personne agissant sous son autorité — d'employer la force nécessaire pour l'exécution du mandat;

f) s'il s'agit d'un adolescent, des droits prévus au paragraphe (4).

(2) Pour l'exécution du mandat, l'intéressé peut être détenu à des fins de prélèvement pour la période que justifient les circonstances et peut être contraint d'accompagner l'agent de la paix.

(3) L'agent de la paix ou la personne agissant sous son autorité qui procède au prélèvement veille à ce que le mandat soit exécuté dans des conditions qui respectent autant que faire se peut la vie privée de l'intéressé.

(4) Si l'intéressé est un adolescent, il a, en plus des droits relatifs à sa détention pour l'exécution du mandat, le droit de se voir donner la possibilité de consulter un avocat et soit son père ou sa mère, soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte, soit, en l'absence du père ou de la mère et du parent adulte, tout autre adulte idoine qu'il aura choisi et d'exiger que le mandat soit exécuté en présence d'une telle personne.

(5) L'adolescent peut renoncer aux droits prévus au paragraphe (4); la renonciation doit soit être enregistrée, notamment sur bande audio ou vidéo, soit être faite par écrit et comporter une déclaration signée par l'adolescent, attestant qu'il a été informé des droits auxquels il renonce.

487.08 (1) No person shall use a bodily substance that is obtained in execution of a warrant except in the course of an investigation of the designated offence for the purpose of forensic DNA analysis.

(2) No person shall use the results of forensic DNA analysis of a bodily substance that is obtained in execution of a warrant except in the course of an investigation of the designated offence or any other designated offence in respect of which a warrant was issued or a bodily substance found in the circumstances described in paragraph 487.05(1)(b) or in any proceeding for such an offence.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

487.09 (1) A bodily substance that is obtained from a person in execution of a warrant and the results of forensic DNA analysis shall be destroyed forthwith after

(a) the results of that analysis establish that the bodily substance referred to in paragraph 487.05(1)(b) was not from that person;

(b) the person is finally acquitted of the designated offence and any other offence in respect of the same transaction otherwise than by reason of a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder; or

(c) the expiration of one year after

(i) the person is discharged after a preliminary inquiry into the designated offence or any other offence in respect of the same transaction,

(ii) the dismissal, for any reason other than acquittal, or the withdrawal of any information charging the person with the designated offence or any other offence in respect of the same transaction, or

(iii) any proceeding against the person for the offence or any other offence in respect of the same transaction is stayed under section 579 or under that section as applied by section 572 or 795,

unless during that year a new information is laid or an indictment is preferred charging the person with the designated offence or any other offence in respect of the same transaction or the proceeding is recommenced.

(2) Notwithstanding subsection (1), a provincial court judge may order that a bodily substance that is obtained from a person and the results of forensic DNA analysis not be destroyed during any period that the provincial

487.08 (1) Nul ne peut utiliser une substance corporelle obtenue en exécution du mandat si ce n'est pour analyse génétique dans le cadre d'une enquête relative à l'infraction désignée.

(2) Nul ne peut utiliser les résultats de l'analyse génétique de la substance corporelle obtenue en exécution du mandat si ce n'est dans le cadre d'une enquête relative à l'infraction désignée ou à toute autre infraction désignée à l'égard de laquelle un mandat a été décerné ou à l'égard de laquelle une substance corporelle a été trouvée dans les circonstances visées à l'alinéa 487.05(1)(b), ou dans le cadre de toute procédure y afférente.

(3) Quiconque contrevient aux paragraphes (1) ou (2) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

487.09 (1) La substance corporelle obtenue d'une personne en exécution du mandat et les résultats de l'analyse génétique y afférente sont détruits, selon le cas :

a) dès que ceux-ci indiquent que la substance visée à l'alinéa 487.05(1)(b) ne provient pas de cette personne;

b) dès que celle-ci est acquittée définitivement de l'infraction désignée et de toute autre infraction qui découle de la même affaire pour une raison autre qu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux;

c) un an après les faits suivants, s'il n'y a pas de reprise des procédures, de nouvelle dénonciation ou de nouvel acte d'accusation relatif à l'infraction désignée ou à toute autre infraction qui découle de la même affaire au cours de cette année :

(i) sa libération au terme de l'enquête préliminaire, relative à l'infraction désignée ou à toute autre infraction qui découle de la même affaire,

(ii) le rejet de la dénonciation relative à l'infraction désignée ou à toute autre infraction qui découle de la même affaire autrement que par acquittement, ou son retrait,

(iii) la suspension des procédures engagées contre elle relativement à cette affaire en application des articles 572, 579 ou 795.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), un juge de la cour provinciale peut ordonner le report de la destruction pour la période qu'il estime indiquée, s'il est convaincu que la substance corporelle et les résultats pourraient

court judge considers appropriate if the provincial court judge is satisfied that the bodily substance or results might reasonably be required in an investigation or prosecution of the person for another designated offence or of another person for the designated offence or any other offence in respect of the same transaction.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Anderson Dawson Knisely Stevens & Shaigec, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Miramichi.

être nécessaires aux fins d'une enquête ou d'une poursuite relative à la personne visée pour une autre infraction désignée ou relative à une autre personne pour l'infraction désignée ou pour toute autre infraction qui découle de la même affaire.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Anderson Dawson Knisely Stevens & Shaigec, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

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

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

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

Deloitte & Touche LLP *Appellant*

v.

Ontario Securities Commission *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and Executive
Director of the British Columbia Securities
Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: DELOITTE & TOUCHE LLP v. ONTARIO
(SECURITIES COMMISSION)**

Neutral citation: 2003 SCC 61.

File No.: 29300.

2003: June 10; 2003: October 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Securities — Ontario Securities Commission — Investigations and examinations — Power to compel testimony and production of documents — Disclosure by Commission — Securities legislation authorizing Commission to order disclosure of compelled material if Commission concludes that disclosure is “in the public interest” — Commission ordering auditors to disclose compelled material to corporation being investigated by Commission — Whether Commission properly ordered disclosure of compelled information — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 11, 13, 16(1), 17(1).

P. Corp. made a public offering of common shares in November 1997, followed by a series of disclosures revealing serious financial problems that had not been reflected in its material filed with the respondent (“OSC”). As a result, its earnings dropped and it was eventually delisted. All financial documents and audits had been prepared by the appellant (“D&T”). An investigation into

Deloitte & Touche LLP *Appelante*

c.

**Commission des valeurs mobilières de
l’Ontario** *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario et Directeur
général de la British Columbia Securities
Commission** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : DELOITTE & TOUCHE LLP c.
ONTARIO (COMMISSION DES VALEURS MOBILIÈRES)**

Référence neutre : 2003 CSC 61.

N° du greffe : 29300.

2003 : 10 juin; 2003 : 31 octobre.

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

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

Valeurs mobilières — Commission des valeurs mobilières de l’Ontario — Enquêtes et interrogatoires — Pouvoir de contraindre des gens à témoigner et à produire des documents — Divulgence de renseignements par la Commission — Disposition de la Loi sur les valeurs mobilières autorisant la Commission à ordonner la divulgation de renseignements obtenus par la contrainte si elle estime qu’il serait « dans l’intérêt public » de le faire — Ordonnance de la Commission intimant aux vérificateurs de divulguer les renseignements obtenus par la contrainte à la société visée par l’enquête de la Commission — La Commission a-t-elle ordonné à bon droit la divulgation des renseignements obtenus par la contrainte? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 11, 13, 16(1), 17(1).

En novembre 1997, la société P a offert des actions ordinaires dans le cadre d’un appel public à l’épargne. Elle a par la suite fait une série de révélations concernant l’existence de graves problèmes financiers dont ne faisaient pas état les documents présentés à l’intimée (la « CVMO »). Ces révélations ont eu pour effet de réduire les bénéfices de la société P, dont le

the adequacy of P. Corp.'s public offering disclosures was launched by the OSC, which exercised its power to compel documents and testimony from individuals from P. Corp. and from D&T. This power was subject to a prohibition against disclosure of the compelled material unless found to be in the public interest. D&T produced a large number of files and several of its officers gave testimony to the OSC. The OSC commenced a proceeding against P. Corp., raising a series of allegations concerning P. Corp.'s financial transactions and the financial audits performed by D&T. The OSC determined that all of the compelled material obtained from D&T was relevant to the proceedings and should be disclosed to P. Corp. D&T objected to disclosing this material unless the OSC could demonstrate the relevance of any document or testimonial transcript. The OSC concluded that disclosure was in the public interest, but this decision was overturned by the Divisional Court. On appeal to the Court of Appeal, however, the OSC disclosure order was restored.

Held: The appeal should be dismissed.

The OSC did not act unlawfully in finding it in the public interest to order disclosure to P. Corp. of the compelled material. The OSC's decision to order disclosure in the public interest attracts a standard of review of reasonableness. The use of the relevance standard from *Stinchcombe* and its application in this case were both reasonable decisions. Further, the OSC was correct in determining that the compelled material was to be disclosed as a whole so that P. Corp. could effectively mount its answer and defence. The OSC properly balanced D&T's privacy interests against P. Corp.'s disclosure interests and its own obligation to conduct hearings under the Act fairly and properly by restricting the disclosure to that which was necessary to pursue its mandate. Given the relationship between D&T and P. Corp., there was a reasonable possibility that all of the compelled material relating to D&T's audit of P. Corp. would be relevant to the allegations against P. Corp. D&T could have identified its concerns with some of the compelled material being disclosed. If D&T had established that there was no reasonable possibility that a particular document was relevant to

titre a finalement été radié de la cote. Tous les états financiers ont été préparés par l'appelante (« D&T »), qui a aussi effectué toutes les vérifications. La CVMO a lancé une enquête sur le caractère suffisant des renseignements divulgués par la société P dans le cadre de l'appel public à l'épargne. Exerçant ses pouvoirs en la matière, la CVMO a contraint des gens de la société P et de D&T à produire des documents et à témoigner. Le pouvoir de divulguer des renseignements obtenus par la contrainte ne peut être exercé que si la divulgation est dans l'intérêt public. D&T a produit un grand nombre de dossiers à la CVMO et plusieurs de ses dirigeants ont témoigné devant celle-ci. La CVMO a introduit une instance contre la société P, formulant une série d'allégations concernant des opérations financières de la société P et les vérifications financières réalisées par D&T. La CVMO a estimé que tous les renseignements obtenus par la contrainte auprès de D&T étaient pertinents à l'égard de l'instance et devaient être divulgués à la société P. D&T s'est opposée à la divulgation, à moins que la CVMO ne parvienne à démontrer la pertinence de chaque document ou transcription de témoignage. La CVMO a décidé qu'il était dans l'intérêt public de divulguer l'information demandée, mais cette décision a été annulée par la Cour divisionnaire. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé le jugement de la Cour divisionnaire et rétabli l'ordonnance de divulgation de la CVMO.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La CVMO n'a pas agi illégalement en concluant qu'il est dans l'intérêt public d'ordonner que soient divulgués à la société P les renseignements obtenus par la contrainte. La décision de la CVMO d'ordonner la divulgation des renseignements pour cause d'intérêt public commande l'application de la norme de contrôle fondée sur la décision raisonnable. Tant la décision de recourir à la norme en matière de pertinence établie dans l'arrêt *Stinchcombe* que l'application de cette norme à la présente affaire étaient des décisions raisonnables. De plus, la CVMO a eu raison de décider que tous les renseignements obtenus par la contrainte devaient être divulgués en même temps, de manière à permettre à la société P de préparer efficacement sa défense. La CVMO a su concilier, d'une part, le droit de D&T en matière de respect de la vie privée et, d'autre part, le droit de la société P à la divulgation des renseignements et sa propre obligation de tenir les audiences prévues par la Loi d'une manière équitable et régulière en limitant la divulgation aux seuls renseignements nécessaires à l'accomplissement de son mandat. Vu les rapports

the allegations, it would have been improper for the OSC to order disclosure.

Cases Cited

Referred to: *Biscotti v. Ontario Securities Commission* (1991), 1 O.R. (3d) 409; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Practice of the Ontario Securities Commission (1997), 20 OSCB 1947, rr. 3.3(2), 3.7.

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5 [am. 1994, c. 11], ss. 11, 13, 16, 17, 127, 127(1) [am. 1999, c. 9, s. 215], (4).

Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 159 O.A.C. 257, 26 B.L.R. (3d) 161, [2002] O.J. No. 2350 (QL), setting aside a decision of the Divisional Court and restoring an order of the Ontario Securities Commission. Appeal dismissed.

J. L. McDougall, Q.C., Norman J. Emblem and Randall S. Bennett, for the appellant.

Hugh Corbett and Karen Manarin, for the respondent.

Sara Blake and Richard Coutinho, for the intervener the Attorney General of Ontario.

James A. Angus and Kristine M. Mactaggart, for the intervener the Executive Director of the British Columbia Securities Commission.

entretenu par D&T et la société P, il existait une possibilité raisonnable que tous les renseignements obtenus par la contrainte relativement à la vérification de la société P par D&T soient pertinents eu égard aux allégations formulées contre la société P. D&T aurait pu faire connaître ses préoccupations concernant la divulgation de certains renseignements obtenus par la contrainte. Si D&T avait établi l'absence de possibilité raisonnable qu'un document donné soit pertinent eu égard aux allégations, il aurait été irrégulier pour la CVMO d'en ordonner la divulgation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Biscotti c. Ontario Securities Commission* (1991), 1 O.R. (3d) 409; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20.

Lois et règlements cités

Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22.

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5 [mod. 1994, ch. 11], art. 11, 13, 16, 17, 127, 127(1) [mod. 1999, ch. 9, art. 215], (4).

Rules of Practice of the Ontario Securities Commission (1997), 20 OSCB 1947, règles 3.3(2), 3.7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 159 O.A.C. 257, 26 B.L.R. (3d) 161, [2002] O.J. No. 2350 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour divisionnaire et rétabli une ordonnance de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario. Pourvoi rejeté.

J. L. McDougall, c.r., Norman J. Emblem et Randall S. Bennett, pour l'appelante.

Hugh Corbett et Karen Manarin, pour l'intimée.

Sara Blake et Richard Coutinho, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

James A. Angus et Kristine M. Mactaggart, pour l'intervenant le directeur général de la British Columbia Securities Commission.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI J. —

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

I. Introduction

1 At a broader level, this appeal raises important questions about the appropriate balance between privacy rights and interests of third parties and the right to make full answer and defence by those subject to a hearing in the context of securities investigations. More specifically, the main issue focusses on whether the respondent, the Ontario Securities Commission (“OSC”), properly ordered disclosure of compelled information which normally is to be kept confidential.

De façon générale, le présent pourvoi soulève d’importantes questions concernant l’équilibre qu’il convient d’établir, dans le contexte d’enquêtes sur les valeurs mobilières, entre le droit des personnes faisant l’objet d’une audience de présenter une défense pleine et entière et le droit des tiers au respect de leur vie privée. De façon plus particulière, il s’agit principalement de décider si l’intimée, la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (la « CVMO »), a à bon droit ordonné la divulgation de renseignements obtenus par la contrainte, renseignements qui doivent normalement demeurer confidentiels.

II. Background

II. Les faits

2 Because of the lucid and comprehensive reasons of Doherty J.A. in the Court of Appeal for Ontario, with which I substantially agree, I do not find it necessary to recite in detail the history, factual, and legal background of this appeal. The relevant legislative provisions are found in the Annex to these reasons.

Vu les motifs exhaustifs et limpides qu’a exposés le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario et auxquels je souscris pour l’essentiel, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de faire l’historique procédural, factuel et juridique du présent pourvoi. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites à l’annexe aux présents motifs.

3 Philip Services Corporation (“Philip”) made a public offering of common shares in November 1997. Shortly thereafter, Philip made the first of a number of revelations of serious financial problems that had not been reflected in the material filed with the OSC, which included a prospectus, audited financial statements for the years 1995 and 1996, and unaudited financial statements for the first nine months of 1997. All of the financial statements were prepared by the appellant, Deloitte & Touche LLP (“Deloitte”).

En novembre 1997, la société Philip Services Corporation (« Philip ») a offert des actions ordinaires dans le cadre d’un appel public à l’épargne. Peu après, Philip a fait la première d’une série de révélations concernant l’existence de graves problèmes financiers dont ne faisaient pas état les documents présentés à la CVMO, notamment un prospectus, les états financiers vérifiés pour les années 1995 et 1996 et les états financiers non vérifiés pour les neuf premiers mois de 1997. Tous les états financiers ont été préparés par la société appelante, Deloitte & Touche LLP (« Deloitte »).

4 The revelations of Philip significantly reduced its earnings as set out in its 1995 and 1996 financial statements and substantially altered its 1999 financial outlook. The price of Philip shares dropped

Les révélations de Philip ont eu pour effet de réduire considérablement les bénéfices indiqués dans les états financiers de 1995 et de 1996, et de modifier substantiellement les projections financières

dramatically and it subsequently was de-listed and sought bankruptcy protection.

In May 1998, OSC Staff started an investigation into the adequacy of financial disclosures made by Philip with respect to its public offering. The OSC Staff were concerned that Philip was aware of the negative financial information in November 1997 but chose not to disclose that until after completion of the public offering.

Staff investigators compelled information and testimony of individuals from Philip and Deloitte pursuant to s. 13 and s. 11 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (the “Act”). The power to compel documents and evidence under oath is subject to s. 16 of the Act, which prohibits disclosure of any of the compelled material. However, the OSC can under s. 17(1) of the Act order disclosure of the compelled material if the OSC concludes that disclosure is “in the public interest”.

Deloitte assembled some 324 files in response to the OSC summons and it was agreed to keep these in a separate secure location to which Staff would have access. Staff examined some but not all of the files and made copies of some of the documents. In addition, six Deloitte partners were examined under oath, with this testimony and the files forming part of what Doherty J.A. described as the “compelled material” ((2002), 159 O.A.C. 257, at para. 2), a term that I will also use herein.

Staff initiated proceedings under s. 127 of the Act against Philip and several officers of Philip in August 2000 and in support thereof issued a Statement of Allegations by Staff.

pour 1999. La valeur des actions de Philip a chuté de façon importante et, par la suite, le titre de Philip a été radié de la cote et l’entreprise a invoqué la protection des dispositions législatives sur la faillite.

En mai 1998, le personnel de la CVMO a amorcé une enquête afin de déterminer si les renseignements financiers divulgués par Philip relativement à son appel public à l’épargne avaient été suffisants. Le personnel de la CVMO soupçonnait Philip d’avoir connu les données financières négatives en novembre 1997, mais d’avoir décidé de ne pas les divulguer tant que l’appel public à l’épargne n’aurait pas été complété.

En vertu des art. 13 et 11 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. S.5 (la « Loi »), les enquêteurs du personnel ont contraint des gens de Philip et de Deloitte à produire des renseignements et à témoigner. L’exercice du pouvoir d’ordonner la production de documents et d’obliger des gens à témoigner sous serment est subordonné au respect de l’art. 16 de la Loi, qui interdit la divulgation de renseignements obtenus par la contrainte. Toutefois, en vertu du par. 17(1) de la Loi, la CVMO peut ordonner la divulgation de tels renseignements si elle estime qu’il est « dans l’intérêt public » de le faire.

Deloitte a constitué quelque 324 dossiers en réponse à l’assignation lancée par la CVMO, et il a été convenu que ces dossiers seraient gardés séparément, dans un lieu sûr auquel le personnel aurait accès. Le personnel n’a pas examiné tous les dossiers et n’a reproduit que certains documents. De plus, six associés du cabinet Deloitte ont été interrogés sous serment. Leurs témoignages et les dossiers susmentionnés ont constitué ce que le juge Doherty a appelé les [TRADUCTION] « renseignements obtenus par la contrainte » ((2002), 159 O.A.C. 257, par. 2), expression que je vais moi aussi utiliser dans les présents motifs.

En août 2000, le personnel de la CVMO a introduit une instance contre Philip et plusieurs de ses dirigeants en vertu de l’art. 127 de la Loi et produit un exposé des allégations au soutien de ces procédures.

5

6

7

8

- 9 The Statement of Allegations is some 36 pages in length consisting of detailed factual background and a series of allegations relating to Philip and the officers that in turn relate to various financial transactions and documents. Many matters are covered in the allegations but it is obvious that the financial statements prepared by Deloitte and financial transactions of Philip and the officers are important parts of the Statement. Suffice it to say that I agree with counsel for the OSC that the nature of the allegations is such that both the substance of the Deloitte audit as well as the process of auditing are issues in the s. 127 hearing. Or as the Court of Appeal and the OSC put it, what Deloitte knew (the substance) and when it knew (the process) will be central to the determination of the issues before the OSC.
- 10 Pursuant to Rule 3.3(2) of the OSC Rules of Practice ((1997), 20 OSCB 1947), Staff is required to disclose to Philip and the officers all “relevant” material in its possession. Staff decided that all of the compelled material obtained from Deloitte was relevant to the s. 127 proceedings and should be disclosed to Philip and the officers. Consequently, Staff sought an order from the OSC to disclose under s. 17(1) and Deloitte opposed disclosure unless and until Staff could demonstrate the relevance of any document or testimonial transcript.
- 11 The OSC determined it was in the public interest to disclose and Deloitte appealed to the Ontario Divisional Court. A majority of that court allowed the appeal and the Court of Appeal for Ontario overturned that decision and restored the disclosure order of the OSC.
- L’exposé des allégations, qui compte 36 pages, énonce le détail des faits ainsi qu’une série d’allégations concernant Philip et ses dirigeants et se rapportant à des opérations et documents de nature financière. Bien que les allégations touchent à de nombreux points, il est évident que les états financiers préparés par Deloitte et les opérations financières réalisées par Philip et ses dirigeants sont des éléments importants de l’exposé des allégations. Qu’il suffise de dire que je souscris à l’opinion de l’avocat de la CVMO selon laquelle la nature des allégations est telle que tant le fond de la vérification effectuée par Deloitte que le processus de vérification sont des points litigieux dans l’audience fondée sur l’art. 127. Ou, pour reprendre la description faite par la Cour d’appel et la CVMO, ce que Deloitte savait (le fond) et le moment où ce cabinet a pris connaissance de cette information (le processus) seront des éléments fondamentaux dans l’examen des questions dont est saisie la CVMO.
- Conformément au par. 3.3(2) des Règles de pratique de la CVMO ((1997), 20 OSCB 1947) le personnel de celle-ci est tenu de divulguer à Philip et ses dirigeants tous les renseignements [TRADUCTION] « pertinents » qu’il a en sa possession. Estimant que tous les renseignements obtenus par la contrainte auprès de Deloitte étaient pertinents à l’égard des procédures fondées sur l’art. 127 et qu’il y avait lieu de les divulguer à Philip et à ses dirigeants, le personnel a en conséquence demandé à la CVMO de rendre l’ordonnance de divulgation prévue au par. 17(1). Deloitte s’est opposée à la divulgation, prétendant que la divulgation de quelque document ou transcription d’un témoignage ne devait pas être autorisée tant que le personnel n’en aurait pas démontré la pertinence.
- La CVMO a décidé qu’il était dans l’intérêt public de divulguer l’information demandée. Deloitte a interjeté appel de cette décision à la Cour divisionnaire de l’Ontario, qui a accueilli l’appel à la majorité. La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision de la Cour divisionnaire et rétabli l’ordonnance de divulgation.

III. Court of Appeal for Ontario (2002), 159 O.A.C. 257

Doherty J.A., after resorting to the applicable principles, found that the appropriate standard of review of the OSC's decision was reasonableness, which entitled the OSC to substantial leeway in deciding what meaning should be given to "the public interest" and in deciding whether the circumstances warranted disclosure.

Doherty J.A. then considered whether the OSC's decision was unreasonable. The first stage of the decision involved determining the meaning of "public interest". According to Doherty J.A., the OSC understood s. 17(1) as imposing an obligation to evaluate the extent to which the policies of the Act were served by the purpose for which the disclosure was sought and the harm done by disclosure to confidentiality interests. The OSC recognized that it must weigh and balance these competing interests in determining whether the public interest favoured disclosure. Doherty J.A. found that this approach was reasonable.

Prior to considering the application of this test, Doherty J.A. discussed *Biscotti v. Ontario Securities Commission* (1991), 1 O.R. (3d) 409, in which the Court of Appeal considered whether disclosure of compelled testimony should be ordered. In that case, the OSC held that disclosure of compelled testimony was warranted only "in the most unusual circumstances" (p. 413). This approach was consistent with a policy then in effect, according to which it was generally not in the public interest to release information except when giving a witness a copy of his or her own testimony. Doherty J.A., however, noted that disclosure under *Biscotti* was governed by precursor provisions which were quite different from the current provisions and made no express reference to the public interest. He found that the *Biscotti* approach had been superseded by later developments in OSC policy — and that it was reasonable for the OSC to conclude that the adoption of Rule 3.3(2), which signals a commitment to full

III. Cour d'appel de l'Ontario (2002), 159 O.A.C. 257

Après avoir examiné les principes applicables, le juge Doherty a conclu que la norme de contrôle appropriée à l'égard de la décision rendue par la CVMO était celle de la décision raisonnable, laquelle accordait à la CVMO une marge de manœuvre considérable pour décider de l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « intérêt public » et pour juger si les circonstances justifiaient la divulgation.

Le juge Doherty s'est ensuite demandé si la décision de la CVMO était déraisonnable. La première partie de la décision portait sur l'interprétation à donner à l'expression « intérêt public ». Selon le juge Doherty, la CVMO a considéré que le par. 17(1) lui imposait l'obligation d'évaluer dans quelle mesure la raison pour laquelle on sollicitait la divulgation appuyait les objectifs visés par la Loi et d'apprécier le préjudice que la divulgation causerait au droit à la confidentialité. La CVMO a reconnu qu'elle doit soupeser et concilier ces intérêts opposés lorsqu'elle décide si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation. Le juge Doherty a estimé que cette démarche était raisonnable.

Avant d'examiner l'application de ce critère, le juge Doherty a analysé l'arrêt *Biscotti c. Ontario Securities Commission* (1991), 1 O.R. (3d) 409, dans lequel la Cour d'appel s'est demandé s'il y avait lieu d'ordonner la divulgation de la déposition d'un témoin contraignable. Dans cette affaire, la CVMO avait estimé que la divulgation d'un tel témoignage était justifiée uniquement [TRADUCTION] « dans des circonstances exceptionnelles » (p. 413). Cette conclusion était compatible avec la politique alors en vigueur, laquelle précisait qu'il n'était généralement pas dans l'intérêt public de communiquer des renseignements, sauf pour permettre à un témoin de recevoir une copie de son propre témoignage. Toutefois, le juge Doherty a souligné que la divulgation en litige dans l'arrêt *Biscotti* avait été effectuée en vertu des anciennes dispositions législatives, lesquelles différaient considérablement des dispositions actuelles et ne faisaient pas mention expressément du critère de l'intérêt public. Il a jugé que la démarche utilisée

12

13

14

disclosure of relevant material to individuals facing proceedings under s. 127, significantly affected the public interest calculus required by s. 17(1). It was not unreasonable for the OSC to decide that the old presumption against disclosure “except in the ‘most unusual circumstances’” had ceased to apply (para. 37).

15 At the second stage, the OSC applied the standard of relevance described in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, to fix the scope of the investigators’ obligation to make disclosure to the officers. Counsel for Deloitte did not disagree with this approach. Rather, Deloitte’s position was that the investigators failed to demonstrate relevance as defined in *Stinchcombe* on the basis of their failure to examine all the compelled material.

16 Doherty J.A. noted that relevant material, under *Stinchcombe*, includes material that has a reasonable possibility of being relevant to the ability of a defendant to make full answer and defence. On this standard, the investigators were obliged to take a generous view of relevance. Doherty J.A. felt that there was an evidentiary basis for deciding that all the material was relevant. Relevance occurs where the nature of the allegations and the content of the disclosed materials intersect. In this case, the relationship between Deloitte and Philip, as it is related to 1995-97 audits, will be central to the proceeding against the officers. The titles of the files, and even the simple fact that the documents were produced in response to a summons issued in the context of an investigation into the financial disclosure made by Philip in 1997, indicated that all the materials had at least some connection with the allegations.

dans l’arrêt *Biscotti* avait été remplacée par suite de la modification de la politique de la CVMO — et qu’il était raisonnable pour cette dernière de conclure que l’appréciation de l’intérêt public que requiert le par. 17(1) avait été considérablement influencée par la prise du par. 3.3(2) des Règles de pratique, qui indique une volonté de divulguer complètement les éléments pertinents aux personnes visées par les procédures fondées sur l’art. 127. Il n’était pas déraisonnable pour la CVMO de décider que l’ancienne présomption de non-divulgarion [TRADUCTION] « sauf dans des “circonstances exceptionnelles” » avait cessé de s’appliquer (par. 37).

Dans la deuxième étape de son analyse, afin de délimiter l’étendue de l’obligation des enquêteurs de divulguer les renseignements aux dirigeants de Philip, la CVMO a appliqué la norme en matière de pertinence définie dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. L’avocat de Deloitte n’a pas contesté cette démarche. Deloitte a plutôt soutenu que, du fait qu’ils n’avaient pas examiné tous les renseignements obtenus, les enquêteurs n’avaient pas fait la preuve de la pertinence requise au sens de l’arrêt *Stinchcombe*.

Le juge Doherty a souligné que, conformément à l’arrêt *Stinchcombe*, sont compris parmi les renseignements pertinents les renseignements qui peuvent raisonnablement influencer sur la capacité du défendeur de présenter une défense pleine et entière. Suivant cette norme, les enquêteurs avaient l’obligation d’interpréter généreusement la notion de pertinence. Le juge Doherty a estimé que la preuve permettait de conclure que tous les renseignements étaient pertinents. Il y a pertinence lorsque la nature des allégations et la teneur des renseignements divulgués coïncident. En l’espèce, les rapports entretenus par Deloitte et Philip pour ce qui est des vérifications de 1995-1997 seront un aspect central de la procédure intentée contre les dirigeants. Les titres des dossiers préparés, et même le simple fait que les documents ont été produits en réponse à une assignation lancée dans le cadre d’une enquête sur les renseignements financiers divulgués par Philip en 1997, indiquent que tous les renseignements possédaient au moins un certain lien avec les allégations.

Doherty J.A. thus concluded that it was open to the OSC to conclude reasonably that all of the documents cleared the *Stinchcombe* relevance threshold, as did the testimony of the Deloitte partners (all of whom were involved in the 1997 audit). Doherty J.A. added that the OSC was not under an obligation to consider each document independently. In this case, there was considerable merit in the concerns expressed by the OSC over attempts to judge relevance on a document-by-document basis. On these facts, the global approach adopted by the OSC was a reasonable one.

Doherty J.A. also suggested that the conclusion of Dunnet J. for the majority in the Ontario Divisional Court could be linked to four factual errors in her reasons. First, Dunnet J. said that the investigators presented no evidence of the position that the officers would take in the s. 127 proceedings. Doherty J.A. disagreed. He said that the evidence existed that the officers intended to place Deloitte's conduct in issue. Dunnet J. also said that the integrity of the audit did not form part of the allegations by the investigators. Again, Doherty J.A. disagreed. It was alleged that Philip failed to tell Deloitte about certain material financial information. If the allegation was true, the integrity of the audit was obviously affected. The integrity of the audit was thus a central issue in the proceedings. Third, Dunnet J. appeared to believe that there were two separate investigations, one into Deloitte and the other into Philip. Doherty J.A. felt that there was only one investigation, which started with Philip and later expanded to include Deloitte. Finally, Dunnet J. said that the investigators failed to "provide any evidence as to the relevance of any particular document". In fact, many of the compelled documents were contained in the investigators' brief for the s. 127 proceedings. Doherty J.A. observed that the fact that a document was being used against the officers was the clearest possible demonstration of its relevance to the proceedings (par. 54). It was a fair inference that other

17
En conséquence, le juge Doherty a estimé que la CVMO pouvait raisonnablement conclure que tous les documents, ainsi que les témoignages des associés concernés du cabinet Deloitte (lesquels avaient tous participé à la vérification de 1997), satisfaisaient au critère de pertinence établi dans l'arrêt *Stinchcombe*. Le juge Doherty a ajouté que la CVMO n'avait pas l'obligation d'examiner chaque document séparément. En l'espèce, les préoccupations exprimées par la CVMO relativement à la difficulté d'évaluer document par document la pertinence des renseignements étaient parfaitement justifiées. Compte tenu de ces faits, la démarche globale retenue par la CVMO était raisonnable.

18
Le juge Doherty de la Cour d'appel a également indiqué que la conclusion de la juge Dunnet, qui s'est exprimée pour la majorité de la Cour divisionnaire de l'Ontario, pouvait être reliée à quatre erreurs de fait dans ses motifs. Premièrement, la juge Dunnet a dit que les enquêteurs n'avaient présenté aucun élément de preuve quant à la thèse que défendraient les dirigeants de Philip dans les procédures fondées sur l'art. 127. Le juge Doherty a exprimé son désaccord à cet égard. Selon lui, il existait des éléments indiquant que les dirigeants de Philip entendaient mettre en cause la conduite de Deloitte. La juge Dunnet a également mentionné que l'intégrité du processus de vérification n'était pas soulevée dans les allégations formulées par les enquêteurs. Le juge Doherty s'est également dit en désaccord avec cette affirmation. Nombre d'allégations indiquaient que Philip n'avait pas communiqué à Deloitte certains renseignements financiers importants. Si cette allégation était avérée, elle mettrait manifestement en doute l'intégrité du processus de vérification, question qui était donc un aspect central dans la procédure. Troisièmement, la juge Dunnet a semblé croire qu'il y avait deux enquêtes distinctes, l'une concernant Deloitte, l'autre visant Philip. Le juge Doherty a estimé qu'il n'y avait qu'une seule enquête, laquelle avait d'abord porté sur Philip puis s'était élargie à Deloitte. Enfin, la juge Dunnet a dit que les enquêteurs n'avaient [TRADUCTION] « fourni aucune preuve de la pertinence de quelque document en particulier ». En fait, bon nombre des renseignements

documents from the same file or related files would reach the threshold of relevance.

- 19 Doherty J.A. concluded that the OSC properly balanced Deloitte's privacy interest against the purpose of the disclosure order. Its subsequent conclusion that the interests served by disclosure outweighed Deloitte's right to confidentiality was a reasonable one.

IV. Analysis

- 20 The principal issue in this appeal is whether the OSC acted unlawfully in finding it in the public interest to order disclosure of the compelled material to Philip and the officers. This raises the standard of review applicable to the OSC's impugned decisions and the factors that should be examined in making the determination.

- 21 Deloitte acknowledged the wide discretion of the OSC to determine what is in the public interest. But Deloitte argued that burden was on the OSC to demonstrate that it is in the public interest to order disclosure even accepting that the *Stinchcombe* standard of relevance could be applied by the OSC. Deloitte argued that the OSC never examined all of the documents in question to determine relevance and thereby failed to protect Deloitte's privacy interests in the material obtained confidentially. Deloitte asserted that it had no obligation to point to any prejudice which would result from the improper disclosure of information since it was the duty of the OSC to order disclosure of only that information that was connected with the allegations. In oral argument, Deloitte recognized that if, in the hearing under s. 127, issues moved to the audit, the OSC could then decide whether disclosure could be made

obtenus par la contrainte figuraient dans le dossier monté par les enquêteurs pour les procédures fondées sur l'art. 127. Le juge Doherty a souligné que le fait qu'un document soit utilisé contre les dirigeants de Philip démontre on ne peut plus clairement sa pertinence eu égard à la procédure (par. 54). Il était raisonnable d'inférer que les autres documents d'un même dossier ou de dossiers connexes satisfont au critère de la pertinence.

Le juge Doherty a conclu que la CVMO avait soupesé adéquatement le droit à la vie privée de Deloitte et l'objectif de l'ordonnance de divulgation. Sa conclusion subséquente, à savoir que les avantages découlant de la divulgation l'emportent sur le droit à la confidentialité, était raisonnable.

IV. Analyse

La principale question en litige dans le présent pourvoi consiste à se demander si la CVMO a agi illégalement en concluant qu'il est dans l'intérêt public d'ordonner de divulguer à Philip et à ses dirigeants les renseignements obtenus par la contrainte. Pour trancher cette question, il faut déterminer quelle est la norme de contrôle applicable aux décisions contestées de la CVMO et dégager les facteurs qui doivent être examinés pour faire cette détermination.

Deloitte a reconnu le vaste pouvoir discrétionnaire dont dispose la CVMO pour décider en quoi consiste l'intérêt public, mais a toutefois fait valoir que cette dernière avait l'obligation de démontrer que la divulgation était dans l'intérêt public, même en admettant que la CVMO puisse appliquer la norme en matière de pertinence établie dans *Stinchcombe*. Deloitte a soutenu que la CVMO n'avait jamais examiné l'ensemble des documents en question pour déterminer leur pertinence et, de ce fait, n'avait pas protégé le droit à la vie privée de Deloitte à l'égard des renseignements obtenus confidentiellement. Deloitte a plaidé qu'elle n'était pas tenue de faire état de quelque préjudice qu'entraînerait la divulgation irrégulière des renseignements, puisqu'il incombait à la CVMO d'ordonner uniquement la divulgation des renseignements se rapportant aux allégations. Au cours des plaidoiries,

in the public interest. As the OSC did not agree with the approach argued by Deloitte, the OSC's decision was flawed and should be set aside.

I agree with Doherty J.A. that the decision of the OSC to order disclosure in the public interest attracts a standard of review of reasonableness in accordance with the applicable jurisprudence, including the recent cases of *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, and *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, which were decided after Doherty J.A.'s reasons in the instant appeal. More specifically, the issue under appeal is whether the decision of the OSC to order disclosure of the compelled material, including documents that neither the investigators nor the OSC reviewed, was reasonable. Like Doherty J.A., I find the decision of the OSC to be reasonable.

The OSC acknowledged that the Staff had a disclosure obligation to Philip and its officers and defined the nature and scope of that obligation in terms of the "relevance" standard developed in *Stinchcombe, supra*, and its progeny. The Court of Appeal fully examined the factors applied by the OSC in determining whether the compelled material reached the relevance threshold and found the analysis and determination of the OSC to be reasonable.

In particular, the OSC considered: the nature of the allegations against Philip and the officers; that the files in issue had been produced by Deloitte in response to a summons arising out of an investigation into the adequacy of the financial disclosure in the prospectus and related financial statements; the indices provided by Deloitte describing the files;

Deloitte a admis que, si la vérification devient une question litigieuse dans l'audience fondée sur l'art. 127, la CVMO pourrait alors décider s'il y a lieu, dans l'intérêt public, de divulguer les renseignements. Vu le refus de la CVMO d'adopter la démarche préconisée par Deloitte, cette dernière a soutenu que la décision de la CVMO était erronée et qu'elle devrait être annulée.

Je souscris à l'opinion du juge Doherty selon laquelle la décision de la CVMO d'ordonner la divulgation des renseignements dans l'intérêt public commande l'application de la norme de contrôle fondée sur la décision raisonnable, conformément à la jurisprudence applicable en la matière, notamment les arrêts *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, et *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, qui ont été rendus subséquentement au dépôt des motifs du juge Doherty de la Cour d'appel dans la présente affaire. De façon plus particulière, il s'agit en l'espèce de décider si la décision de la CVMO d'ordonner la divulgation des renseignements obtenus par la contrainte, y compris les documents qui n'ont pas été examinés par les enquêteurs ni par la CVMO, était raisonnable. À l'instar du juge Doherty, j'estime que la décision de la CVMO était raisonnable.

La CVMO a admis que son personnel avait, à l'égard de Philip et de ses dirigeants, une obligation de divulgation, et elle a défini la nature et l'étendue de cette obligation par rapport à la norme de la « pertinence » élaborée dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, et les décisions qui l'ont suivi. La Cour d'appel a examiné en profondeur les facteurs appliqués par la CVMO pour décider si les renseignements obtenus par la contrainte satisfaisaient au critère de la pertinence, et elle a conclu que l'analyse et la décision de la CVMO étaient raisonnables.

Voici en particulier les éléments dont la CVMO a tenu compte : la nature des allégations formulées contre Philip et ses dirigeants; le fait que Deloitte a produit les dossiers en cause en réponse à une assignation dans le cadre d'une enquête sur le caractère suffisant des renseignements financiers divulgués dans le prospectus et

22

23

24

the representations by Staff to the OSC that at least two of the Philip respondents had gone on record as intending to challenge the credibility of the Deloitte auditors in the s. 127 proceedings, and that some of the compelled material would be relied on by Staff in presenting its case.

25 In this respect, the OSC's conclusion, cited by the Court of Appeal at para. 18, that all the material met the relevance threshold, was as follows:

[I]t seems obvious to us that, in light of Staff's allegations, the conduct of Deloitte[] and of their audits, and what Deloitte[] knew when, would have to be considered by counsel for [the Philip respondents] in determining what their defences should be, and how to conduct them. What Deloitte[] knew or said, and when they knew and said it, might well be relevant in the determination of whether sanctions should be imposed by the Commission, and, if so, what those sanctions should be.

26 The use of the *Stinchcombe* relevance standard and its application in this case by the OSC were both reasonable decisions. The OSC reasonably rejected Deloitte's argument that the Staff could not establish relevance with respect to any documents it had not examined on the basis that, given the nature of the allegations made in the s. 127 proceedings and defences, the relevancy of the compelled material was to be determined as a whole. In other words, as the OSC observed, documents which might appear irrelevant to the OSC Staff might have considerable relevance to the defence of Philip and the officers, and documents in isolation may not have relevance but might well have considerable relevance when studied in light of other information possessed by Philip or the officers. This approach also answers the argument of Deloitte for "disclosure by installment"; surely it is reasonable to disclose all the material at once so Philip and the

les états financiers; les index préparés par Deloitte et décrivant les dossiers; les observations du personnel de la CVMO indiquant qu'au moins deux des intimés appartenant à la société Philip avaient déclaré leur intention de contester, au cours des procédures fondées sur l'art. 127, la crédibilité des vérificateurs de Deloitte; le fait que le personnel invoquerait certains renseignements obtenus par la contrainte dans la présentation de sa cause.

À cet égard, voici en quels termes la CVMO a conclu — conclusion citée par la Cour d'appel — que tous les documents satisfaisaient au critère de la pertinence (au par. 18):

[TRADUCTION] [I] nous apparaît évident, au vu des allégations formulées par le personnel, que la conduite de Deloitte et le déroulement de ses vérifications, ainsi que ce que savait cette dernière et à quel moment elle l'a appris, sont des éléments dont l'avocat [des intimés appartenant à la société Philip] devra tenir compte pour déterminer les moyens de défense qui devraient être invoqués et la manière de les présenter. Ce que Deloitte savait ou ce qu'elle a dit, et le moment où elle l'a appris et l'a dit, sont des éléments qui pourraient fort bien être pertinents pour décider si la Commission doit infliger des sanctions et, dans l'affirmative, lesquelles.

Tant la décision de la CVMO de recourir à la norme en matière de pertinence établie dans l'arrêt *Stinchcombe* que l'application de cette norme à la présente affaire étaient des décisions raisonnables. La CVMO a raisonnablement rejeté l'argument de Deloitte selon lequel le personnel était incapable d'établir la pertinence des documents qu'il n'avait pas examinés du fait que, compte tenu de la nature des allégations présentées dans le cadre des procédures fondées sur l'art. 127 et des moyens de défense, la pertinence des renseignements obtenus par la contrainte devait être appréciée globalement. En d'autres mots, comme l'a fait observer la CVMO, des documents qui pourraient sembler non pertinents pour le personnel de la CVMO pourraient en revanche être très utiles dans la défense de Philip et de ses dirigeants, et des documents qui, considérés isolément, peuvent ne pas être pertinents pourraient fort bien avoir une importance considérable s'ils sont examinés

officers can effectively plan and construct their response.

In short, like the Court of Appeal, I find that the decision of the OSC was reasonable and soundly based with respect to the disclosure of all the compelled material to Philip and the officers to allow them in the circumstances to mount a full answer and defence. Also like the Court of Appeal, I agree that the relationship between Deloitte and Philip with respect to financial disclosure in the 1995, 1996 and 1997 audits will be central to the s. 127 proceedings. There is a reasonable possibility that all of the compelled material relating to Deloitte's audit of Philip will be relevant to the allegations against Philip and the officers. Consequently, the application by the OSC of the relevance standard from *Stinchcombe* was reasonable in all the circumstances. In this connection, it is worth repeating Doherty J.A.'s elaboration on this point (at para. 48):

In examining the reasonableness of the Commission's conclusion, I think it is noteworthy that at no point did Deloitte suggest that any specific documents, file or group of files, were irrelevant. While Staff bore the onus of demonstrating relevance, I think the Commission could properly take into consideration the absence of any suggestion by Deloitte that a particular document, file or group of documents, was clearly irrelevant. Deloitte knew the contents of the compelled material better than anyone. If some of that material was obviously beyond the pale of the s. 127 proceeding, Deloitte could have directed the Commission's attention to that part of the compelled material.

It should be noted that the OSC, in cases like this, is in an awkward position. A proceeding has

avec d'autres renseignements que possèdent Philip ou ses dirigeants. Ce point de vue réfute également l'argument de Deloitte en faveur d'une [TRADUCTION] « divulgation graduelle »; il est certainement raisonnable de divulguer tous les documents en même temps, de manière à permettre à Philip et à ses dirigeants de planifier et d'élaborer efficacement leur réponse.

Bref, tout comme la Cour d'appel, j'estime que la décision de la CVMO de divulguer entièrement à Philip et à ses dirigeants les renseignements obtenus par la contrainte pour qu'ils puissent, dans les circonstances, présenter une défense pleine et entière, était raisonnable et reposait sur de solides assises. En outre, à l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que les rapports entretenus par Deloitte et Philip pour ce qui concerne les renseignements financiers divulgués à l'occasion des vérifications de 1995, 1996 et 1997 seront un aspect central des procédures fondées sur l'art. 127. Il existe une possibilité raisonnable que tous les renseignements obtenus par la contrainte relativement à la vérification de Philip par Deloitte soient pertinents eu égard aux allégations formulées contre Philip et ses dirigeants. En conséquence, la décision de la CVMO d'appliquer la norme en matière de pertinence établie dans l'arrêt *Stinchcombe* était raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. À cet égard, il convient de rappeler les précisions suivantes données par le juge Doherty de la Cour d'appel sur ce point (au par. 48) :

[TRADUCTION] Dans l'analyse du caractère raisonnable de la conclusion de la Commission, il convient à mon avis de souligner que Deloitte n'a à aucun moment prétendu que quelque document, dossier ou groupe de dossiers en particulier n'était pas pertinent. Bien que le fardeau de démontrer la pertinence incombât au personnel, je crois que la Commission était justifiée de prendre en considération l'absence de toute prétention de la part de Deloitte que tel ou tel document, dossier ou groupe de documents était clairement non pertinent. Deloitte connaissait la teneur des renseignements obtenus par la contrainte mieux que quiconque. Si certains renseignements excédaient manifestement l'objet des procédures fondées sur l'art. 127, Deloitte aurait pu attirer l'attention de la Commission sur ceux-ci.

Il importe de souligner que, dans une affaire comme celle qui nous occupe, la CVMO se trouve

been ordered against respondents who are entitled to disclosure of information involving a third party. The OSC must search for an approach that provides fair consideration for the respondents in jeopardy and enables them to meet the case against them yet also is sensitive to the third party's privacy interests and expectations. In that respect, I agree with Doherty J.A. that Deloitte could have identified its concerns with some of the compelled material being disclosed. If Deloitte established that there was not a reasonable possibility that a particular document was relevant to the allegations, it would have been improper for the OSC to order disclosure.

29 The OSC admittedly has a discretion owing to its expertise to order disclosure of the compelled information if found to be in the public interest. Like Doherty J.A., I believe the OSC properly balanced the interests of disclosure to Philip and the officers along with the protection of the confidentiality expectations and interest of Deloitte. In this respect, I am of the view that in making a disclosure order in the public interest under s. 17, the OSC has a duty to parties like Deloitte to protect its privacy interests and confidences. That is to say that OSC is obligated to order disclosure only to the extent necessary to carry out its mandate under the Act. In this case, the OSC properly weighed the necessary disclosure and the interests of Deloitte, as can be seen from the operative parts of the order of the OSC, which I reproduce below:

IT IS HEREBY ORDERED pursuant to section 17(1)(b) of the Act that:

- (1) Staff of the Commission may make disclosure of the Evidence to the Respondents;
- (2) Disclosure of the Evidence will be on the basis that:

dans une situation délicate. Une procédure a été intentée contre des intimés ayant droit à la divulgation de renseignements intéressant un tiers. La CVMO doit chercher une démarche juste, qui permette aux intimés dont les droits sont menacés de répondre aux allégations formulées contre eux tout en protégeant les droits du tiers en matière de respect de la vie privée. Sur ce point, j'estime, tout comme le juge Doherty, que Deloitte aurait pu faire connaître ses préoccupations concernant la divulgation de certains renseignements obtenus par la contrainte. Si Deloitte avait établi l'absence de possibilité raisonnable qu'un document donné soit pertinent eu égard aux allégations, il aurait été irrégulier pour la CVMO d'en ordonner la divulgation.

Tous reconnaissent que, en raison de son expertise, la CVMO jouit du pouvoir discrétionnaire d'ordonner la divulgation des renseignements obtenus par la contrainte si elle estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire. À l'instar du juge Doherty de la Cour d'appel, j'estime que la CVMO a su concilier adéquatement le droit de Philip et de ses dirigeants à la divulgation d'une part, et la protection des droits et attentes de Deloitte en matière de respect de la vie privée d'autre part. Sur ce point, je suis d'avis que, dans les cas où la CVMO ordonne en vertu de l'art. 17 la divulgation de renseignements dans l'intérêt public, elle est tenue de protéger le droit à la vie privée et les renseignements confidentiels de parties comme Deloitte. En d'autres mots, la CVMO a l'obligation de n'ordonner que la divulgation des seuls renseignements nécessaires à l'accomplissement du mandat que la Loi lui confie. En l'espèce, la CVMO a bien soupesé la divulgation requise et les droits de Deloitte, comme le démontre le dispositif de l'ordonnance de la CVMO, que je reproduis ci-après :

[TRADUCTION]

IL EST ORDONNÉ CE QUI SUIT, en vertu de l'alinéa 17(1)b) de la Loi :

- (1) Le personnel de la Commission peut divulguer les éléments de preuve aux intimés.
- (2) La divulgation des éléments de preuve est subordonnée au respect des conditions suivantes :

- (a) the Respondents and their counsel will not use the Evidence for any purposes other than for making full answer and defence to the allegations made against the Respondents in these Proceedings;
- (b) any use of the Evidence other than for the purpose of making full answer and defence to the allegations made against the Respondents in these Proceedings, will constitute a violation of this Order;
- (c) the Respondents and their counsel shall maintain custody and control over the Evidence, so that copies of the Evidence are not improperly disseminated; and
- (d) the Evidence shall not be used for a collateral or ulterior purpose;
- (3) Staff of the Commission may, if otherwise admissible, disclose and use the Evidence in the proceedings against the Respondents;

The order of the OSC properly balanced the interests of Deloitte and its own obligation to conduct hearings under the Act fairly and properly by restricting the disclosure to that which was necessary to pursue the OSC's mandate.

V. Conclusion

Consequently, I would dismiss the appeal. As a final matter, I would note that the Attorney General of Ontario intervened to argue that the *Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, should govern this appeal. This argument was not raised in the courts below nor by the parties to this appeal and I do not believe it is appropriate for an intervener to extend legal argument well beyond what the courts below and the parties have advanced.

ANNEX

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5

11. (1) The Commission may, by order, appoint one or more persons to make such investigation with respect to a matter as it considers expedient,

a) les intimés et leurs avocats ne peuvent utiliser les éléments de preuve à d'autres fins que la présentation d'une défense pleine et entière en réponse aux allégations formulées contre les intimés dans la présente procédure;

b) toute utilisation des éléments de preuve à d'autres fins que la présentation d'une défense pleine et entière en réponse aux allégations formulées contre les intimés dans la présente procédure constitue une violation de la présente ordonnance;

c) les intimés et leurs avocats sont tenus d'assurer la garde et la surveillance des éléments de preuve, afin de prévenir la diffusion irrégulière de copies de ces éléments;

d) les éléments de preuve ne peuvent pas être utilisés à des fins indirectes ou inavouées;

- (3) Le personnel de la Commission peut divulguer et utiliser les éléments de preuve dans la procédure intentée contre les intimés, pourvu que ces éléments soient admissibles;

En limitant dans son ordonnance la divulgation aux seuls renseignements nécessaires à l'accomplissement de son mandat, la CVMO a établi le juste équilibre entre les droits de Deloitte d'une part et sa propre obligation de tenir les audiences prévues par la Loi d'une manière équitable et régulière.

V. Conclusion

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. En terminant, je tiens à souligner que le procureur général de l'Ontario est intervenu pour faire valoir que le présent pourvoi devrait être régi par la *Loi sur l'exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22. Comme cet argument n'a pas été soulevé devant les tribunaux inférieurs ni plaidé par les parties au présent pourvoi, il ne convient pas, à mon avis, qu'un intervenant invoque un argument de droit qui n'a pas du tout été avancé devant les tribunaux inférieurs ou par les parties devant nous.

ANNEXE

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5

11. (1) La Commission peut, par ordonnance, nommer une ou plusieurs personnes pour procéder, sur une question, à l'enquête qu'elle juge opportune :

- (a) for the due administration of Ontario securities law or the regulation of the capital markets in Ontario; or
- (b) to assist in the due administration of the securities laws or the regulation of the capital markets in another jurisdiction.

(2) An order under this section shall describe the matter to be investigated.

(3) For the purposes of an investigation under this section, a person appointed to make the investigation may investigate and inquire into,

- (a) the affairs of the person or company in respect of which the investigation is being made, including any trades, communications, negotiations, transactions, investigations, loans, borrowings or payments to, by, on behalf of, or in relation to or connected with the person or company and any property, assets or things owned, acquired or alienated in whole or in part by the person or company or by any other person or company acting on behalf of or as agent for the person or company; and
- (b) the assets at any time held, the liabilities, debts, undertakings and obligations at any time existing, the financial or other conditions at any time prevailing in or in relation to or in connection with the person or company, and any relationship that may at any time exist or have existed between the person or company and any other person or company by reason of investments, commissions promised, secured or paid, interests held or acquired, the loaning or borrowing of money, stock or other property, the transfer, negotiation or holding of stock, interlocking directorates, common control, undue influence or control or any other relationship.

(4) For the purposes of an investigation under this section, a person appointed to make the investigation may examine any documents or other things, whether they are in the possession or control of the person or company in respect of which the investigation is ordered or of any other person or company.

13. (1) A person making an investigation or examination under section 11 or 12 has the same power to

- a) soit pour l'application régulière du droit ontarien des valeurs mobilières ou la réglementation des marchés financiers en Ontario;
- b) soit pour aider à l'application régulière des lois sur les valeurs mobilières ou à la réglementation des marchés financiers d'une autre autorité législative.

(2) L'ordonnance visée au présent article décrit la question sur laquelle doit porter l'enquête.

(3) Aux fins de l'enquête prévue au présent article, la personne qui en est chargée peut enquêter :

- a) sur les affaires de la personne ou de la compagnie faisant l'objet de l'enquête, y compris les opérations, les communications, les négociations, les transactions, les enquêtes, les prêts, les emprunts ou les paiements effectués par, pour ou à cette personne ou cette compagnie ou qui la concernent ainsi que les biens, l'actif ou les objets qui appartiennent, en totalité ou en partie, à la personne ou à la compagnie ou à d'autres personnes ou compagnies agissant en son nom ou à titre de mandataire de celle-ci ou qui ont été acquis ou aliénés, en totalité ou en partie, par la personne ou la compagnie ou d'autres personnes ou compagnies agissant en son nom ou à titre de mandataire de celle-ci;
- b) sur les éléments d'actif détenus, le passif, les dettes, les engagements et les obligations, la situation, notamment financière, présents ou passés, de la personne ou de la compagnie ou qui la concernent, ainsi que les rapports, présents ou passés, entre la personne ou la compagnie et d'autres personnes ou compagnies en raison notamment d'investissements, de commissions promises, garanties ou payées, d'intérêts détenus ou acquis, de prêts ou d'emprunts d'argent, d'actions ou d'autres biens, du transfert, de la négociation ou de la détention d'actions, de conseils d'administration interdépendants, de contrôle collectif, d'abus d'influence ou de contrôle.

(4) Aux fins de l'enquête prévue au présent article, la personne qui en est chargée peut examiner les documents ou autres objets, qu'ils soient en la possession ou sous le contrôle de la personne ou de la compagnie sur laquelle l'enquête est ordonnée ou d'une autre personne ou compagnie.

13. (1) La personne qui fait une enquête ou un examen en vertu de l'article 11 ou 12 est investie des mêmes

summon and enforce the attendance of any person and to compel him or her to testify on oath or otherwise, and to summon and compel any person or company to produce documents and other things, as is vested in the Ontario Court (General Division) for the trial of civil actions, and the refusal of a person to attend or to answer questions or of a person or company to produce such documents or other things as are in his, her or its custody or possession makes the person or company liable to be committed for contempt by the Ontario Court (General Division) as if in breach of an order of that court.

16. (1) Except in accordance with section 17, no person or company shall disclose at any time, except to his, her or its counsel,

- (a) the nature or content of an order under section 11 or 12; or
- (b) the name of any person examined or sought to be examined under section 13, any testimony given under section 13, any information obtained under section 13, the nature or content of any questions asked under section 13, the nature or content of any demands for the production of any document or other thing under section 13, or the fact that any document or other thing was produced under section 13.

(2) Any report provided under section 15 and any testimony given or documents or other things obtained under section 13 shall be for that exclusive use of the Commission and shall not be disclosed or produced to any other person or company or in any other proceeding except in accordance with section 17.

17. (1) If the Commission considers that it would be in the public interest, it may make an order authorizing the disclosure to any person or company of,

- (a) the nature or content of an order under section 11 or 12;
- (b) the name of any person examined or sought to be examined under section 13, any testimony given under section 13, any information obtained under section 13, the nature or content of any questions asked under section 13, the nature or content of any demands for the production of any document or other thing under section 13, or the fact that any document or other thing was produced under section 13; or

pouvoirs que ceux qui sont conférés à la Cour de l'Ontario (Division générale) en matière d'actions civiles, pour assigner une personne et la contraindre à comparaître, l'obliger à témoigner sous serment ou autrement ainsi qu'assigner une personne ou une compagnie et l'obliger à produire des documents et autres objets. Toute personne qui refuse de comparaître ou de répondre à des questions ou toute personne ou compagnie qui refuse de produire les documents ou autres objets dont elle a la garde ou la possession peut être incarcérée pour outrage au tribunal par la Cour de l'Ontario (Division générale) au même titre que si elle avait omis de se conformer à une ordonnance de ce tribunal.

16. (1) Sauf en conformité avec l'article 17, aucune personne ou compagnie ne doit divulguer les renseignements suivants, si ce n'est à son avocat :

- a) la nature ou la teneur d'une ordonnance ou d'un arrêté prévu à l'article 11 ou 12;
- b) le nom des personnes interrogées ou assignées en vertu de l'article 13, les témoignages donnés en vertu de l'article 13, les renseignements obtenus en vertu de l'article 13, la nature ou la teneur des questions posées en vertu de l'article 13, la nature ou la teneur des demandes de production de documents ou autres objets faites en vertu de l'article 13, ni le fait que des documents ou autres objets ont été produits en vertu de l'article 13.

(2) Les rapports fournis aux termes de l'article 15 ainsi que les témoignages donnés ou les documents ou autres objets obtenus en vertu de l'article 13 sont réservés à l'usage exclusif de la Commission et ne doivent pas être divulgués ni produits à une autre personne ou compagnie ou dans le cadre d'une autre instance, sauf en conformité avec l'article 17.

17. (1) Si la Commission estime qu'il serait dans l'intérêt public de le faire, elle peut, par ordonnance, autoriser la divulgation des renseignements suivants à une personne ou à une compagnie :

- a) la nature ou la teneur d'une ordonnance ou d'un arrêté prévu à l'article 11 ou 12;
- b) le nom des personnes interrogées ou assignées en vertu de l'article 13, les témoignages donnés en vertu de l'article 13, les renseignements obtenus en vertu de l'article 13, la nature ou la teneur des questions posées en vertu de l'article 13, la nature ou la teneur des demandes de production de documents ou autres objets faites en vertu de l'article 13, ou le fait que des documents ou autres objets ont été produits en vertu de l'article 13;

- (c) all or part of a report provided under section 15.

. . .

127. (1) The Commission may make one or more of the following orders if in its opinion it is in the public interest to make the order or orders:

. . .

2. An order that trading in any securities by or of a person or company cease permanently or for such period as is specified in the order.

. . .

7. An order that a person resign one or more positions that the person holds as a director or officer of an issuer.

. . .

(4) No order shall be made under this section without a hearing, subject to section 4 of the *Statutory Powers Procedure Act*.

Rules of Practice of the Ontario Securities Commission (1997), 20 OSCB 1947

3.3 . . .

- (2) In the case of a hearing under section 127 of the *Securities Act* and subject to Subrule 3.7, staff of the Commission shall, as soon as is reasonably practicable after the service of the notice of hearing, and in any case at least 10 days before the commencement of the hearing, make available for inspection by every other party all other documents and things which are in the possession or control of staff that are relevant to the hearing and provide copies, or permit the inspecting party to make copies, of the documents at the inspecting party's expense.

. . .

- c) tout ou partie d'un rapport fourni aux termes de l'article 15.

. . .

127. (1) La Commission peut, si elle est d'avis qu'il est dans l'intérêt public de le faire, rendre une ou plusieurs des ordonnances suivantes :

. . .

2. Une ordonnance interdisant les opérations sur valeurs mobilières effectuées par une personne ou une compagnie ou les opérations effectuées sur les valeurs mobilières de celles-ci, soit de façon permanente ou pendant la période précisée dans l'ordonnance.

. . .

7. Une ordonnance enjoignant à une personne de démissionner d'un ou de plusieurs des postes qu'elle occupe à titre d'administrateur ou de dirigeant d'un émetteur.

. . .

(4) Sous réserve de l'article 4 de la *Loi sur l'exercice des compétences légales*, aucune ordonnance ne doit être rendue en vertu du présent article sans qu'il soit tenu d'audience.

Rules of Practice of the Ontario Securities Commission (1997), 20 OSCB 1947

[TRANSDUCTION]

3.3 . . .

- (2) Dans le cadre d'une audience fondée sur l'article 127 de la *Loi sur les valeurs mobilières* et sous réserve de la règle 3.7, le personnel de la Commission doit, dès que la chose est raisonnablement faisable après la signification de l'avis d'audience et, dans tous les cas, au moins dix jours avant le début de l'audience, donner aux autres parties la possibilité d'examiner tous les autres documents et objets pertinents pour l'audience qui sont en la possession du personnel ou sous sa responsabilité, et il doit, aux frais de la partie qui examine les documents, lui en fournir des copies ou lui permettre de les reproduire.

. . .

3.7 Despite any provision in this Rule 3, no disclosure is required to be made under this Rule 3 (i) which would contravene section 16 of the *Securities Act* or (ii) of a fact or matter which would not be admissible in evidence at a hearing by reason of subsections 15(2) or (3) of the *Statutory Powers Procedure Act*.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ontario Securities Commission, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Executive Director of the British Columbia Securities Commission: British Columbia Securities Commission, Vancouver.

3.7 Par dérogation aux autres dispositions de la règle 3, il n'existe aucune obligation de divulguer quelque élément (i) dont la divulgation enfreindrait l'article 16 de la *Loi sur les valeurs mobilières* ou (ii) qui ne serait pas admissible en preuve à l'audience par application des paragraphes 15(2) ou (3) de la *Loi sur l'exercice des compétences légales*.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Procureur de l'intimée : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le directeur général de la British Columbia Securities Commission : British Columbia Securities Commission, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Workers' Compensation Appeals Tribunal — Jurisdiction — Charter issues — Constitutional validity of provisions of Appeals Tribunal's enabling statute — Whether Appeals Tribunal has jurisdiction to apply Canadian Charter of Rights and Freedoms — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. MARTIN; NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. LASEUR, 504.

2. Boards and tribunals — Jurisdiction — Constitutional issues — Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law — Appropriate test.

NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. MARTIN; NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. LASEUR, 504.

3. Forest Appeals Commission — Jurisdiction — Aboriginal rights — Whether Forest Practices Code confers on Commission power to decide existence of aboriginal rights or title — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96.

PAUL v. BRITISH COLUMBIA (FOREST APPEALS COMMISSION), 585.

4. Boards and tribunals — Jurisdiction — Constitutional issues — Powers of administrative tribunals to determine questions of constitutional law — Appropriate test.

PAUL v. BRITISH COLUMBIA (FOREST APPEALS COMMISSION), 585.

5. Discretion — Procedural fairness — Duty of impartiality — Conflict of interest — Minister of the Environment issuing characterization order against former owner of land polluted by hydrocarbons when he was himself sued for damages by present owners of land — Whether Minister fulfilled his duty of impartiality in issuing characterization order — Environment Quality Act, R.S.Q., c. Q-2, s. 31.42.

IMPERIAL OIL LTD. v. QUEBEC (MINISTER OF THE ENVIRONMENT), 624.

CIVIL RIGHTS

Due process rights respecting property — Expropriation without compensation — Veterans' pension and allowances — Government administering pensions and other benefits for war veterans and failing to invest funds or pay interest — Legislation barring claim to interest for the period prior to 1990 — Whether due process protections of Canadian Bill of Rights guard against expropriation of property by passage of valid legislation — Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, ss. 1(a), 2(e) — Department of Veterans Affairs Act, R.S.C. 1985, c. V-1, s. 5.1(4).

AUTHORSON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 40.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Extraterritorial limitation on provincial legislation — Applicability of reimbursement provisions of Ontario regulatory scheme to out-of-province insurer.

UNIFUND ASSURANCE CO. v. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA, 63.

2. Aboriginal rights — Métis — Two members of a Métis community near Sault Ste. Marie charged with hunting contrary to provincial statute — Whether members of this Métis community have constitutional aboriginal right to hunt for food in environs of Sault Ste. Marie — If so, whether infringement justifiable — Constitution Act, 1982, s. 35 — Game and Fish Act, R.S.O. 1990, c. G.1, ss. 46, 47(1).

R. v. POWLEY, 207.

3. Manitoba Natural Resources Transfer Agreement — Hunting rights — Métis — Métis convicted of hunting contrary to provincial statute — Natural Resources Transfer Agreement providing that provincial laws respecting game apply to Indians subject to their continuing right to hunt, trap and fish for food on unoccupied Crown lands — Whether Métis are "Indians" under hunting rights provision of Natural Resources Transfer Agreement — Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba), para. 13.

R. v. BLAIS, 236.

4. Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Sentencing judge did not consider long-term offender provisions enacted in 1997 because predicate offence committed prior to amendments — Whether sentencing

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

judge required to consider applicability of long-term offender provisions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 753.1.

R. v. JOHNSON, 357.

5. Charter of Rights — Equality rights — Workers' compensation legislation excluding chronic pain from purview of regular workers' compensation system and providing in lieu of benefits normally available to injured workers four-week functional restoration program beyond which no further benefits are available — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, c. 10, s. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. MARTIN; NOVA SCOTIA (WORKERS' COMPENSATION BOARD) v. LASEUR, 504.

6. Division of powers — Indians — Forestry — Whether province can constitutionally confer on administrative tribunal power to determine questions of aboriginal rights and title as they arise in course of tribunal's duties — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, c. 159, s. 96 — Constitution Act, 1982, s. 35.

PAUL v. BRITISH COLUMBIA (FOREST APPEALS COMMISSION), 585.

7. Charter of Rights — Right to be secure against unreasonable search or seizure — Principle against self-incrimination — DNA warrants — Whether seizure of blood sample to conduct forensic DNA analysis infringed accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.04 to 487.09.

R. v. S.A.B., 678.

COURTS

Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Supreme Court judgment dismissing Indian bands' appeals — Indian bands presenting motions to set aside judgment alleging reasonable apprehension of bias arising from involvement of judge in bands' claims while serving as federal Associate Deputy Minister of Justice over 15 years prior to hearing of appeals — Whether judgment tainted by reasonable apprehension of bias — Whether judgment should be set aside.

WEWAYKUM INDIAN BAND v. CANADA, 259.

CRIMINAL LAW

1. Aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations with complainant during their 18-month relationship — Five months into relationship, accused learning he was HIV-positive but failing to disclose his HIV status to complainant — Complainant likely already infected before accused learned he was HIV-positive — Whether Crown can prove endangerment of complainant's life beyond reasonable doubt — Whether accused guilty of aggravated assault — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 268(1).

R. v. WILLIAMS, 134.

2. Attempted aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations with complainant during their 18-month relationship — Five months into relationship, accused learning he was HIV-positive but failing to disclose his HIV status to complainant — Whether accused guilty of attempted aggravated assault — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 24(1), 265(1)(a), 268(1), 660.

R. v. WILLIAMS, 134.

3. Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Whether, under current regime, sentencing judge must consider long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — Whether sentencing judge must consider long-term offender provisions when predicate offence occurred prior to enactment of long-term offender provisions — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753, 753.1.

R. v. JOHNSON, 357.

4. Sentencing — Appeal — Dangerous offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — If sentencing judge's failure to consider long-term offender provisions constituted an error of law, whether appeal should be allowed on basis that error of law resulted in no substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 759(3)(b).

R. v. JOHNSON, 357.

5. Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge should have considered long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — If so, whether sentencing judge's failure to do so constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

R. v. EDGAR, 388.

6. Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior

CRIMINAL LAW — Concluded

to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge's conclusion that long-term offender provisions not available to person who satisfies dangerous offender criteria constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

R. v. SMITH, 392.

7. Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring prior to enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge should have considered long-term offender provisions prior to declaring offender dangerous — If so, whether sentencing judge's failure to do so constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(i).

R. v. MITCHELL, 396.

8. Sentencing — Dangerous offenders and long-term offenders — Accused declared to be dangerous offender and sentenced to indeterminate prison term — Predicate offence occurring after enactment in Criminal Code of long-term offender provisions — Whether sentencing judge's failure to consider possibility of long-term offender designation constituted error of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 753(1), 753.1, 759(3)(b).

R. v. KELLY, 400.

9. Sexual offences — Evidence — Change in child's behaviour — Whether evidence of change in child's behaviour should be corroborated by expert evidence.

R. v. BÉDARD, 621.

10. Trial — Fair trial — Unrepresented accused.

R. v. PHILLIPS, 623.

11. Evidence — Expert evidence — Blood sample taken from accused to conduct DNA forensic analysis — DNA expert's opinion on non-matching DNA sample based on international guidelines — No information in record about reliability of international guidelines referred to by expert — Weight to be given to DNA expert's evidence — Whether appellate court should interfere with trial judge's assessment of expert evidence.

R. v. S.A.B., 678.

ENVIRONMENTAL LAW

Decontamination and restoration — Characterization of land — Order of Minister — Nature of functions and powers

ENVIRONMENTAL LAW — Concluded

assigned to Minister in connection with administration of Environment Quality Act — Content of rules of procedural fairness relevant to performance of Minister's functions — Environment Quality Act, R.S.Q., c. Q-2, s. 31.42.

IMPERIAL OIL LTD. v. QUEBEC (MINISTER OF THE ENVIRONMENT), 624.

INSURANCE

1. Motor vehicles — Interprovincial motor vehicle liability insurance — Arbitrator — Jurisdiction — Ontario residents injured while travelling in British Columbia — Ontario residents receiving statutory accident benefits under Ontario policy from Ontario insurer — British Columbia law permitting insurer in that province to deduct from damages payable amount of benefits received by insured under automobile insurance "wherever" issued — Ontario Insurance Act not permitting deduction but providing for indemnification of no-fault insurer by tortfeasors' insurer for benefits paid — Jurisdiction of arbitrator appointed under Ontario Insurance Act to decide issues of jurisdiction simpliciter, forum conveniens and choice of law — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 275.

UNIFUND ASSURANCE CO. v. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA, 63.

2. Automobile insurance — No-fault insurance scheme — Spousal death benefits and dependants' benefits — Quebec insured killed in motor vehicle accident in British Columbia — Spouse and children collecting statutory benefits in respect of accident under Quebec no-fault insurance scheme — Whether benefits paid in Quebec should be deducted from damages awarded in British Columbia in tort action — Whether benefits similar in kind to benefits under Part 6 of British Columbia Insurance Act — Whether there must be a "match" between specific heads of damage in tort award and specific heads of damage under statutory accident scheme — Meaning of word "similar" in s. 25(1) of Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, c. 231.

GURNIK v. NORDQUIST, 652.

LABOUR RELATIONS

1. Arbitration — Jurisdiction — Human rights — Collective agreement providing that probationary employee may be discharged at sole discretion of and for any reason satisfactory to employer and such discharge not subject to grievance and arbitration procedures — Probationary employee discharged shortly after return from maternity leave — Employee filing grievance —

LABOUR RELATIONS — Concluded

Whether grievance arbitrable — Whether substantive rights and obligations of Human Rights Code implicitly incorporated within all collective agreements over which arbitrator has jurisdiction — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(1), (12)(j) — Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 5(1).

PARRY SOUND (DISTRICT) SOCIAL SERVICES ADMINISTRATION BOARD v. O.P.S.E.U., LOCAL 324, 157.

2. Collective agreement — Grievance — Procedural requirements — Arbitration — Employment standards — Probationary employee discharged shortly after return from maternity leave — Employee filing grievance — Collective agreement providing that grievance must set out section of agreement that is alleged to have been violated — Employment Standards Act barring discrimination on basis of “pregnancy leave” explicitly incorporated within all collective agreements — Employment Standards Act claim not raised by Union at any stage of proceedings — Whether Union’s failure to raise Employment Standards Act curable — Whether s. 64.5(4) of Employment Standards Act binding Union to prior decision not to seek enforcement of the Act — Whether Court of Appeal erred in raising and resolving appeal on basis of Employment Standards Act — Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14, ss. 44, 64.5(1).

PARRY SOUND (DISTRICT) SOCIAL SERVICES ADMINISTRATION BOARD v. O.P.S.E.U., LOCAL 324, 157.

LIMITATION OF ACTIONS

Torts — Intentional torts — Abuse of children by foster parents — Whether government can be held liable for harm children suffered in foster care — Whether tort actions barred by Limitation Act — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, c. 266, ss. 3(2), 7(1)(a)(i).

K.L.B. v. BRITISH COLUMBIA, 403.

SECURITIES

Ontario Securities Commission — Investigations and examinations — Power to compel testimony and production of documents — Disclosure by Commission — Securities legislation authorizing Commission to order disclosure of compelled material if Commission concludes that disclosure is “in the public interest” — Commission ordering auditors to disclose compelled material to corporation being investigated by Commission — Whether Commission properly ordered disclosure of

SECURITIES — Concluded

compelled information — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 11, 13, 16(1), 17(1).

DELOITTE & TOUCHE LLP v. ONTARIO (SECURITIES COMMISSION), 713.

TORTS

1. Liability — Intentional torts — Abuse of children by foster parents — Whether government can be held liable for harm children suffered in foster care — Whether government negligent — Whether government vicariously liable for torts of foster parents — Whether government liable for breach of non-delegable duty — Whether government liable for breach of fiduciary duty.

K.L.B. v. BRITISH COLUMBIA, 403.

2. Damages — Intentional torts — Abuse of children by foster parents — Whether government can be held liable for harm children suffered in foster care — Proper basis for assessing damages for child abuse by parent or foster parent.

K.L.B. v. BRITISH COLUMBIA, 403.

3. Liability — Intentional torts — Sexual assault — Pupil sexually assaulted by school janitor — Whether school board liable for breach of fiduciary duty or breach of non-delegable duty — Whether trial judge properly apportioned damages between janitor and subsequent abusers.

E.D.G. v. HAMMER, 459.

4. Liability — Intentional torts — Sexual assault — Foster child sexually assaulted by foster father — Whether government vicariously liable for sexual abuse — Whether government breached non-delegable duty.

M.B. v. BRITISH COLUMBIA, 477.

5. Damages — Prejudgment interest — Intentional torts — Sexual assault — Foster child sexually assaulted by foster father — Whether government liable for sexual assault — Whether Court of Appeal erred in varying trial judge’s assessment of damages — Whether trial judge correct in deducting social assistance benefits from award for loss of past opportunity to earn income — Whether Court of Appeal adopted proper approach in calculating prejudgment interest on award for loss of earning capacity — Whether Court of Appeal correct to reduce damage award.

M.B. v. BRITISH COLUMBIA, 477.

TRESPASS

Arrest — Arrest without warrant on premises by person authorized by occupier — Reasonable force — Whether a citizen can use reasonable force in making a lawful arrest under Ontario's Trespass to Property Act — Concept of arrest — Trespass to Property Act, R.S.O. 1990, c. T.21, s. 9.

R. v. ASANTE-MENSAH, 3.

INDEX

ASSURANCE

1. Véhicules automobiles — Assurance-responsabilité automobile interprovinciale — Arbitre — Compétence — Résidents de l'Ontario victimes d'un accident de la route en Colombie-Britannique — Indemnités d'accident légales versées à ces résidents de l'Ontario en vertu d'une police émise en Ontario par un assureur de cette province — Loi de la Colombie-Britannique permettant aux assureurs dans cette province de déduire des dommages-intérêts les indemnités reçues par les assurés en vertu d'une police d'assurance automobile « peu importe » où elle a été émise — Déduction en question non permise par la Loi sur les assurances de l'Ontario qui pourvoit toutefois à l'indemnisation par l'assureur de l'auteur du délit civil de l'assureur ayant versé les indemnités hors-faute — Pouvoir de l'arbitre nommé en vertu de la Loi sur les assurances de l'Ontario de statuer sur les questions de la simple reconnaissance de compétence, du forum conveniens et du choix du droit applicable — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 275.

UNIFUND ASSURANCE CO. C. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA, 63.

2. Assurance automobile — Régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité — Indemnités de décès au conjoint et aux personnes à charge — Décès d'un assuré québécois dans un accident d'automobile en Colombie-Britannique — Indemnités prévues par la loi versées à la conjointe et aux enfants à l'égard de l'accident en vertu du régime québécois d'assurance automobile sans égard à la responsabilité — Les indemnités versées au Québec doivent-elles être déduites des dommages-intérêts accordés en Colombie-Britannique dans l'action en responsabilité délictuelle? — Ces indemnités sont-elles de nature similaire aux prestations prévues à la partie 6 de l'Insurance Act de la Colombie-Britannique? — Doit-il y avoir « correspondance » entre les divers chefs de dommages-intérêts délictuels et les divers chefs de dommage prévus par le régime d'assurance accident établi par la loi? — Sens du mot « similar » à l'art. 25(1) de l'Insurance (Motor Vehicle) Act, R.S.B.C. 1996, ch. 231.

GURNIAC C. NORDQUIST, 652.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Workers' Compensation Appeals Tribunal — Compétence — Questions relatives à la Charte — Constitutionnalité de certaines dispositions de la loi habilitante du tribunal d'appel — Le tribunal d'appel a-t-il compétence pour

DROIT ADMINISTRATIF — Fin

appliquer la Charte canadienne des droits et libertés? — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) C. MARTIN; NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) C. LASEUR, 504.

2. Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions de droit constitutionnel — Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel — Critère applicable.

NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) C. MARTIN; NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) C. LASEUR, 504.

3. Forest Appeals Commission — Compétence — Droits ancestraux — Le Forest Practices Code habilite-t-il la commission à se prononcer sur l'existence d'un titre aborigène ou de droits ancestraux? — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96.

PAUL C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FOREST APPEALS COMMISSION), 585.

4. Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Questions de droit constitutionnel — Pouvoirs des tribunaux administratifs de trancher des questions de droit constitutionnel — Critère applicable.

PAUL C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FOREST APPEALS COMMISSION), 585.

5. Pouvoir discrétionnaire — Équité procédurale — Obligation d'impartialité — Conflit d'intérêts — Ministre de l'Environnement rendant une ordonnance de caractérisation contre l'ancien propriétaire de terrains pollués par des hydrocarbures alors qu'il est lui-même poursuivi en dommages-intérêts par les propriétaires actuels des terrains — Le ministre a-t-il respecté son obligation d'impartialité en rendant l'ordonnance de caractérisation? — Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., ch. Q-2, art. 31.42.

CIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE C. QUÉBEC (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT), 624.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Limites de la portée extraterritoriale d'une loi provinciale — Applicabilité à un assureur de l'extérieur de la province des dispositions en matière d'indemnisation entre assureurs prévues par le régime de réglementation ontarien.

UNIFUND ASSURANCE CO. C. INSURANCE CORP. OF BRITISH COLUMBIA, 63.

2. Droits ancestraux — Métis — Accusation d'avoir chassé en contravention de la loi provinciale portée contre deux membres d'une communauté métisse située près de Sault Ste. Marie — Les membres de cette communauté métisse ont-ils un droit ancestral constitutionnellement garanti les autorisant à chasser pour se nourrir dans les environs de Sault Ste. Marie? — Dans l'affirmative, l'atteinte à ce droit est-elle justifiable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 — Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 46, 47(1).

R. C. POWLEY, 207.

3. Convention sur le transfert des ressources naturelles du Manitoba — Droits de chasse — Métis — Métis déclaré coupable d'avoir chassé en contravention de la loi provinciale — Disposition de la Convention sur le transfert des ressources naturelles prévoyant que les lois provinciales s'appliquent aux Indiens, sous réserve du maintien de leur droit de chasser, de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne — Les Métis sont-ils des « Indiens » pour l'application des dispositions en matière de droits de chasse de la Convention sur le transfert des ressources naturelles? — Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba), par. 13.

R. C. BLAIS, 236.

4. Charte des droits — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas tenu compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler adoptées en 1997 parce que l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant les modifications — Le juge chargé de la détermination de la peine doit-il se pencher sur l'application éventuelle des dispositions relatives aux délinquants à contrôler? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(i) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 753.1.

R. C. JOHNSON, 357.

5. Charte des droits — Droits à l'égalité — Loi sur l'indemnisation des accidentés du travail excluant la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail et remplaçant les prestations auxquelles ont normalement droit les accidentés du travail par un programme de rétablissement fonctionnel d'une durée de quatre semaines, après quoi aucun autre avantage n'est disponible — La loi viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Workers' Compensation Act, S.N.S. 1994-95, ch. 10, art. 10B — Functional Restoration (Multi-Faceted Pain Services) Program Regulations, N.S. Reg. 57/96.

NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) C. MARTIN; NOUVELLE-ÉCOSSE (WORKERS' COMPENSATION BOARD) C. LASEUR, 504.

6. Partage des compétences — Indiens — Ressources forestières — Une province peut-elle investir un tribunal administratif du pouvoir de trancher des questions de titre aborigène et de droits ancestraux dans l'accomplissement de sa mission? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Forest Practices Code of British Columbia Act, R.S.B.C. 1996, ch. 159, art. 96 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

PAUL C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FOREST APPEALS COMMISSION), 585.

7. Charte des droits — Droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives — Principe interdisant l'auto-incrimination — Mandats ADN — La saisie d'un échantillon de sang pour une analyse génétique porte-t-elle atteinte au droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles ou saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.04 à 487.09.

R. C. S.A.B., 678.

DROIT CRIMINEL

1. Voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — Plaignante probablement déjà infectée avant que l'accusé apprenne qu'il était séropositif — Le ministère public peut-il prouver hors de tout doute raisonnable que la vie de la plaignante a été mise en danger? — L'accusé est-il coupable de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 268(1).

R. C. WILLIAMS, 134.

2. Tentative de voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — L'accusé est-il coupable

DROIT CRIMINEL — Suite

de tentative de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 24(1), 265(1)a), 268(1), 660.

R. c. WILLIAMS, 134.

3. Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Dans le cadre du régime actuel, le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux? — Le juge chargé de la détermination de la peine doit-il tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler lorsque l'infraction sous-jacente a été perpétrée avant leur adoption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753, 753.1.

R. c. JOHNSON, 357.

4. Détermination de la peine — Appel — Délinquants dangereux — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Si l'omission par le juge chargé de la détermination de la peine de tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler constitue une erreur de droit, le pourvoi doit-il être accueilli au motif que cette erreur de droit n'a entraîné aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 759(3)b).

R. c. JOHNSON, 357.

5. Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine aurait-il dû tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux? — Le cas échéant, est-ce que l'omission de le faire par le juge chargé de la détermination de la peine constitue une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

R. c. EDGAR, 388.

6. Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les dispositions relatives aux délinquants à contrôler ne peuvent s'appliquer au bénéfice

DROIT CRIMINEL — Suite

d'un délinquant qui remplit les conditions d'une déclaration portant qu'il est un délinquant dangereux? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

R. c. SMITH, 392.

7. Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée avant l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine aurait-il dû tenir compte des dispositions applicables aux délinquants à contrôler avant de déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux? — Le cas échéant, est-ce que l'omission de le faire par le juge chargé de la détermination de la peine constitue une erreur de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11i).

R. c. MITCHELL, 396.

8. Détermination de la peine — Délinquants dangereux et délinquants à contrôler — Accusé déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine de détention d'une durée indéterminée — Infraction sous-jacente perpétrée après l'adoption dans le Code criminel des dispositions applicables aux délinquants à contrôler — Le juge chargé de la détermination de la peine a-t-il commis une erreur de droit en omettant d'envisager la possibilité d'une déclaration portant que le délinquant est un délinquant à contrôler? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 753(1), 753.1, 759(3)b).

R. c. KELLY, 400.

9. Infractions d'ordre sexuel — Preuve — Changement du comportement de l'enfant — La preuve du changement du comportement de l'enfant doit-elle être appuyée d'une preuve d'expert?

R. c. BÉDARD, 621.

10. Procès — Procès équitable — Accusé non représenté.

R. c. PHILLIPS, 623.

11. Preuve — Témoignage d'expert — Prélèvement de sang de l'accusé pour une analyse génétique — Témoignage de l'experte en ADN concernant l'empreinte génétique différente fondé sur des lignes directrices internationales — Le dossier ne renferme aucun renseignement sur la fiabilité des lignes directrices internationales citées par l'experte — Poids à donner au témoignage de l'experte en ADN — Un tribunal d'appel doit-il

DROIT CRIMINEL — Fin

Intervenir dans l'appréciation du témoignage d'expert par le juge du procès?

R. c. S.A.B., 678.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Décontamination et restauration — Caractérisation des terrains — Ordonnance du ministre — Nature des fonctions et des pouvoirs confiés au ministre dans l'application de la Loi sur la qualité de l'environnement — Contenu des normes d'équité procédurale pertinentes à l'exécution des fonctions du ministre — Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., ch. Q-2, art. 31.42.

CIE PÉTROLIÈRE IMPÉRIALE LTÉE C. QUÉBEC (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT), 624.

INTRUSION

Arrestation — Arrestation sans mandat effectuée sur place par une personne autorisée à cet effet par l'occupant des lieux — Force raisonnable — Un citoyen peut-il employer une force raisonnable pour effectuer une arrestation légale en vertu de la Loi sur l'entrée sans autorisation de l'Ontario? — Notion d'arrestation — Loi sur l'entrée sans autorisation, L.R.O. 1990, ch. T.21, art. 9.

R. c. ASANTE-MENSAH, 3.

LIBERTÉS CIVILES

Droit à l'application régulière de la loi quant à la jouissance des biens — Expropriation sans indemnisation — Pensions et allocations des anciens combattants — Gestion des pensions et autres allocations des anciens combattants par le gouvernement et défaut de celui-ci de les placer ou de verser des intérêts — Mesure législative rendant irrecevable toute demande visant les intérêts pour la période antérieure à 1990 — Les garanties d'application régulières de la loi établies dans la Déclaration canadienne des droits protègent-elles contre l'expropriation découlant de l'adoption d'une loi valide? — Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44, art. 1(a), 2(e) — Loi sur le ministère des Anciens combattants, L.R.C. 1985, ch. V-1, art. 5.1(4).

AUTHORSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 40.

PRESCRIPTION

Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il être tenu responsable du préjudice que des enfants ont subi en famille d'accueil? — Les actions en responsabilité délictuelle sont-elles prescrites par la Limitation Act? — Limitation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 266, art. 3(2), 7(1)a)(i).

K.L.B. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 403.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Arbitrage — Compétence — Droits de la personne — Convention collective prévoyant que l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et qu'une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être soumise à l'arbitrage — Employée à l'essai congédiée peu après son retour du congé de maternité — Dépôt d'un grief par l'employée — Le grief est-il arbitrageable? — Les droits et obligations substantiels prévus par le Code des droits de la personne sont-ils implicitement incorporés dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence? — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(1), (12j) — Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5(1).

PARRY SOUND (DISTRICT), CONSEIL D'ADMINISTRATION DES SERVICES SOCIAUX C. S.E.E.F.P.O., SECTION LOCALE 324, 157.

2. Convention collective — Grief — Exigences procédurales — Arbitrage — Normes d'emploi — Employée à l'essai congédiée peu après son retour du congé de maternité — Dépôt d'un grief par l'employée — Convention collective prévoyant que le grief doit préciser la disposition de la convention collective qui aurait été violée — La Loi sur les normes d'emploi interdisant la discrimination fondée sur le « congé de maternité » est explicitement incorporée dans toutes les conventions collectives — Devant aucune instance, le syndicat n'a présenté sa plainte en vertu de la Loi sur les normes d'emploi — Peut-on remédier à l'omission d'invoquer la Loi sur les normes d'emploi? — En vertu de l'art. 64.5(4) de la Loi sur les normes d'emploi, le syndicat est-il lié par sa décision antérieure de ne pas tenter de faire appliquer la Loi? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en se reportant à la Loi sur les normes d'emploi et en tranchant l'affaire sur ce fondement? — Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14, art. 44, 64.5(1).

PARRY SOUND (DISTRICT), CONSEIL D'ADMINISTRATION DES SERVICES SOCIAUX C. S.E.E.F.P.O., SECTION LOCALE 324, 157.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Dommages-intérêts — Délits intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il être tenu responsable du préjudice que des enfants ont subi en famille d'accueil? — Critères à appliquer pour fixer le montant des dommages-intérêts à verser à un enfant pour les mauvais traitements que lui a infligés l'un de ses parents biologiques ou de famille d'accueil.

K.L.B. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 403.

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

1. Responsabilité — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Élève agressée sexuellement par le concierge de l'école — Le conseil scolaire est-il responsable pour manquement à une obligation fiduciaire ou à une obligation intransmissible? — Le juge de première instance a-t-il réglé correctement la question de la répartition des dommages entre le concierge et les agresseurs subséquents?

E.D.G. C. HAMMER, 459.

2. Responsabilité — Délits intentionnels — Enfants victimes de mauvais traitements par leurs parents de famille d'accueil — L'État peut-il être tenu responsable du préjudice que des enfants ont subi en famille d'accueil? — L'État a-t-il été négligent? — L'État est-il responsable du fait d'autrui pour les délits civils commis par les parents de famille d'accueil? — L'État est-il responsable pour manquement à une obligation intransmissible? — L'État est-il responsable pour manquement à une obligation fiduciaire?

K.L.B. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 403.

3. Responsabilité — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant placée en famille d'accueil agressée sexuellement par son père d'accueil — L'État est-il responsable du fait d'autrui pour l'agression sexuelle? — L'État a-t-il manqué à une obligation intransmissible?

M.B. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 477.

4. Dommages-intérêts — Intérêt avant jugement — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant placée dans une famille d'accueil agressée sexuellement par son père d'accueil — L'État est-il responsable de l'agression sexuelle? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant l'évaluation des dommages-intérêts faite par la juge de première instance? —

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE — Fin

La juge de première instance a-t-elle déduit à juste titre les prestations d'aide sociale de l'indemnité accordée pour perte de la capacité de gagner un revenu dans le passé? — La Cour d'appel a-t-elle calculé comme il se doit l'intérêt avant jugement sur l'indemnité accordée pour perte de capacité de gain? — La Cour d'appel a-t-elle à juste titre réduit le montant des dommages-intérêts?

M.B. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 477.

TRIBUNAUX

Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Pourvois de bandes indiennes rejetés par la Cour suprême — Présentation par les bandes indiennes de requêtes en annulation du jugement fondée sur la crainte raisonnable de partialité qui découlerait du rôle joué par un juge dans les demandes des bandes en tant que sous-ministre adjoint de la Justice plus de 15 ans avant l'audition des appels — Le jugement est-il entaché d'une crainte raisonnable de partialité? — Y a-t-il lieu d'annuler le jugement?

BANDE INDIENNE WEWAYKUM C. CANADA, 259.

VALEURS MOBILIÈRES

Commission des valeurs mobilières de l'Ontario — Enquêtes et interrogatoires — Pouvoir de contraindre des gens à témoigner et à produire des documents — Divulgence de renseignements par la Commission — Disposition de la Loi sur les valeurs mobilières autorisant la Commission à ordonner la divulgation de renseignements obtenus par la contrainte si elle estime qu'il serait « dans l'intérêt public » de le faire — Ordonnance de la Commission intimant aux vérificateurs de divulguer les renseignements obtenus par la contrainte à la société visée par l'enquête de la Commission — La Commission a-t-elle ordonné à bon droit la divulgation des renseignements obtenus par la contrainte? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 11, 13, 16(1), 17(1).

DELOITTE & TOUCHE LLP C. ONTARIO (COMMISSION DES VALEURS MOBILIÈRES), 713.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada
Canadian Government Publishing
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Communication Canada
Les Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S9

Available from:
Canadian Government Publishing
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9

En vente auprès de :
Les Éditions du gouvernement du Canada
Communication Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9